

CULTURA E DIRITTI

2/3/4

2015

CULTURA E DIRITTI PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista trimestrale • anno IV • numero 2/3/4 • aprile-dicembre 2015

Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense, - Anno 1, n. 1 (gennaio-marzo 2012)-. - Pisa : Pisa university press, 2012-. - Trimestrale

340.05 (22.)

I. Scuola superiore dell'avvocatura 1. Diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

Tel. +39 06 6872866 - Fax +39 06 6873013

Sito web: www.scuolasuperioreavvocatura.it

Condirettori	Andrea Mascherin e Salvatore Sica
Direttore responsabile	Salvatore Sica
Comitato scientifico	Fabio Addis, Gabriella Elvira Autorino, Francesco Cardarelli, Paolo Carbone, Renato Clarizia, Rosanna De Nicolis, Gianluca Maria Esposito, Andrea Federico, Marzia Ferraioli, Giuseppe Franco Ferrari, Alberto Gambino, Luigi Kalb, Marcello Maggiolo, Daniele Marrama, Emanuela Navarretta, Paolo Pisa, Maria Alessandra Sandulli, Mario Sanino, Salvatore Sica, Giuseppe Spoto, Vincenzo Zeno Zencovich, Attilio Zimatore
Comitato dei revisori	Piero Guido Alpa, Stathis Banakas, Adolfo Di Majo, Bénédicte Fauvareu-Cosson, Alfonso Moreno Hernandez, Jay P. Kesan, Fiona Macmillan, Salvatore Mazzamuto, Sergio Perongini, Pietro Rescigno, Salvatore Sica, Francesca Sorbi, Giorgio Spangher, Giuseppe Spoto, Pasquale Stanzone
Coordinamento editoriale	Giuseppe Spoto

Numero chiuso in redazione il 16 maggio 2016

Hanno collaborato a questo numero: Giorgio Giannone Codiglione, Paolo De Martinis, Paolo Moro, Ottavia Murro, Ugo Scuro, Giuseppe Spoto, Salvatore Sica, Giovanna Stanzone, Paola Rizzuto, Umberto Vincenti

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

La richiesta va indirizzata alla segreteria della casa editrice Pisa University Press

(Tel: 050 2212056 - Indirizzo: Lungarno Pacinotti, 43 - 56126 Pisa)

La direzione della rivista esaminerà per la eventuale pubblicazione gli elaborati ricevuti all'indirizzo e-mail: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it

Gli autori devono allegare un breve *abstract* in inglese al contributo inviato alla redazione

Gli scritti si dovranno uniformare alle indicazioni riportate nei "Criteri redazionali" reperibili sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura (www.scuolasuperioreavvocatura.it) e in calce al presente volume

ISSN 2280-6334

ISBN 978-88-6741-656-1

Registrazione presso il Tribunale di Pisa numero 15 del 24 maggio 2012.

Indice

- 7 Editoriale
Salvatore Sica

Orientamenti

- 13 Condotte riparatorie ed estinzione del reato: profili di un particolare “istituto premiale”
Ottavia Murro
- 47 Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento
Ugo Scuro
- 59 Da una tutela “relativa” ad una tutela “reale” dei beni culturali
Paolo De Martinis
- 73 Gli avvocati assumono la difesa del... suolo
Paola Rizzuto

Formazione forense

- 85 Educazione giuridica e didattica performativa
Paolo Moro
- 97 Argomentazione e linguaggio
Umberto Vincenti

Diritto europeo comparato

- 109 Il diritto d'autore nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea
Giorgio Giannone Codiglione

Professioni, cultura e società

- 127 Sotto gli archi del processo
Giovanna Stanzone

Biblioteca

- 151 Recensione a *Il Benicomunismo e i suoi nemici* di Ugo Mattei
Giuseppe Spoto

Editoriale

Salvatore Sica

Con questo numero si chiude una fase di *Cultura e diritti* e se ne apre un'altra.

Innanzitutto dal punto di vista editoriale, perché questo è l'ultimo fascicolo pubblicato con periodicità trimestrale. Dal 2016 la rivista manterrà la versione cartacea, ma affiancherà una telematica, all'interno di un portale dal medesimo titolo e passerà alla cadenza quadrimestrale.

Dietro tutto questo ci sono una serie di scelte, ovviamente soltanto in parte di natura tecnica.

La prima, senza dubbio la più rilevante, è la prosecuzione della pubblicazione.

Sì, perché ciò non era affatto scontato. Il Consiglio Nazionale Forense, di cui la Fondazione Scuola Superiore dell'Avvocatura, editore della rivista, è diretta emanazione, vive una stagione totalmente innovativa, in coincidenza con l'avvenuto rinnovo della consiliatura. Di tale "cambio di passo" è segno forte il lancio dell'iniziativa giornalistica del quotidiano *Il Dubbio*: la scelta dell'avvocatura istituzionale di dotarsi di un organo di stampa quotidiano e generalista è certa espressione di coraggio e della volontà di non sottrarsi al relevantissimo e delicatissimo compito – lo si chiami pure "politico" – di partecipazione al dibattito sulle idee di società, di istituzioni e di economia; in tale dibattito gli avvocati, se finalmente capaci di visione unitaria, sono portatori dell'irrinunciabile patrimonio di cultura dei diritti, anzi di cultura della garanzia dei diritti.

Nel descritto contesto, e proprio con riguardo all'ultimo inciso, *Cultura e diritti*, sembrava una naturale declinazione del rinnovato impegno del CNF. E così è stato, con l'esito che la rivista c'è, riparte, ripropone il proprio fondamentale ruolo.

Nel corso della riflessione privata ed istituzionale sul punto, ha prevalso l'idea che proprio come esiste una sede di rapporto vitale e quotidiano con la società, vi deve essere uno spazio di elaborazione culturale "alta", non astratta, non autoreferenziale, sempre attenta alle ricadute concrete delle posizioni maturate, e nondimeno, capace di una visione libera, aperta alle diverse opinioni, e, soprattutto, espressione di una visione sistematica e complessiva.

Questa la grande scommessa e la non recondita aspirazione di *Cultura e diritti*: diventare una rivista della e per l'avvocatura, luogo di incontro tra le esperienze professionali, il sapere universitario, il cimento giurisprudenziale, altre discipline non giuridiche ed "altri mondi".

Di tanto è emanazione la nuova formulazione di indice proposto: a partire dall'editoriale che però non deve essere il momento della rivista e di chi la dirige per "parlarsi addosso", quanto piuttosto un "ponte" con i grandi temi, della società e dell'economia, magari con auspicabili interventi di ospiti autorevoli.

“Orientamenti” è il tipico ambito della saggistica giuridica; anche in questo spazio, tuttavia, due sono i riferimenti metodologici e contenutistici degli articoli che saranno pubblicati: varietà disciplinare e riflessione culturalmente ispirata ma su tematiche a forte impatto pratico-professionale.

“Diritto europeo comparato” è una sezione del tutto nuova, ma ineludibile: impensabile che la cultura dell’avvocato prescindia dal *background* europeo, mentre, quanto al profilo comparatistico, si avverte in giro una diffusa domanda di comparazione giuridica. Se ne è accorta la giurisprudenza con il sempre maggiore richiamo di soluzioni e precedenti stranieri, lo sa da tempo la dottrina giuridica, lo comprende l’avvocatura chiamata alla sfida di un mercato, anche professionale, sempre più globale e/o transnazionale. Stenta a rendersene conto il legislatore, per limite politico e culturale: ma in quasi tutti i Paesi europei, *in primis* la Germania, lo studioso di diritto comparato è un indispensabile consulente nelle scelte legislative, innanzitutto, di riforma complessiva.

La sezione “Professioni, cultura e società” punta ad essere lo spazio dell’osmosi tra diritto ed ulteriori esperienze culturali, il luogo di *Law and...* cinema, teatro, musica, letteratura. C’è chi vorrebbe ridurre l’avvocato ad un imprenditore e, nella migliore delle ipotesi, ad un tecnico specializzato di settore. La specializzazione è una prospettiva ineludibile della professione forense, ma non si può consentire che essa si spinga fino al punto di negare la matrice umanistica dell’essere avvocato, di soffocare la dimensione più essenziale dell’avvocatura, quella in cui il professionista si sovrappone, si affianca, si confronta e talora si confonde con l’uomo, la sua storia, il suo istinto, le sue ansie, le sue speranze.

Last but not least, un’attenzione speciale va alla “Formazione forense”: *Cultura e diritti* sin dalla sua nascita è stata direttamente collegata all’esperienza delle Scuole forensi, non fosse altro per essere emanazione della Scuola Superiore dell’Avvocatura, la fondazione del CNF dedicata alla formazione.

Tale carattere va oggi approfondito, recuperato, rilanciato; del resto in coerenza con il “Progetto Scuole Forensi” che, in questi mesi, la Scuola, attraverso esperienze come il “Laboratorio Scuole Forensi” sta sviluppando.

Ma la motivazione ultima è assai più rilevante e complessiva ed investe il significato stesso della formazione per l’avvocato. La sfida che abbiamo davanti è quella della riaffermazione dell’avvocatura dentro e fuori la giurisdizione. “Dentro” perché non c’è giurisdizione, *ex art. 24 Cost.*, senza la difesa, al pari dell’accusa e della funzione giudicante; forse anche di più, perché è sull’avvocato che grava il peso sociale, culturale, umano della difesa dei diritti. “Fuori” della giurisdizione perché in un tempo che chiede soltanto “scorciatoie” punitive, è la cultura dell’avvocatura a dover garantire equilibrio e rispetto dei diritti.

Ma tale sfida può essere vinta soltanto con un’avvocatura dal profilo alto, fortemente qualificata, non censurabile sul piano della serietà deontologica e della preparazione tecnico-culturale.

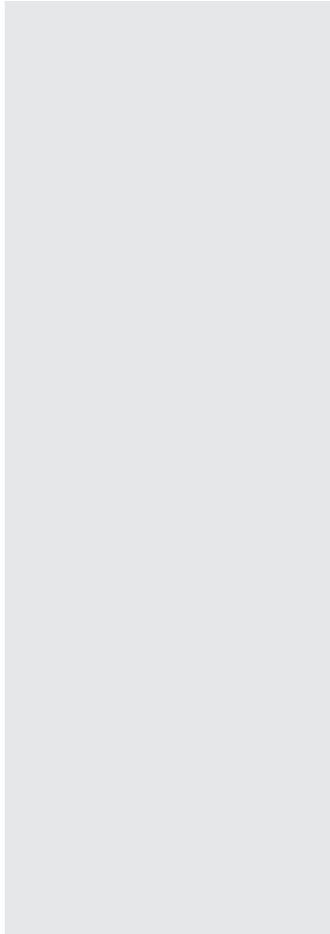
Difficile proporre simili idee con i numeri degli avvocati italiani, con la crisi che la professione vive, con gli attacchi cui essa è stata sottoposta. Eppure non

c'è una via alternativa a quella indicata, non esistono “sentieri paralleli”, non basta “urlare” per ottenere rispetto: è indispensabile essere forti e credibili per pronunciare parole decise, a quel punto anche “a bassa voce”.

In questo solco si inserisce una rivista scientifica, culturale, tecnica come *Cultura e diritti* che raccoglie la sfida, pur nella consapevolezza della sua difficoltà, proponendosi come “tessera” del mosaico del CNF e dell'avvocatura italiana, magari con un po' di incoscienza e utopia. In realtà l'utopia non è ciò che è impossibile ma quello che è lontano e si intravede con difficoltà. Oggi è lontana la visione dell'avvocatura riservata ai migliori, ai realmente meritevoli (non necessariamente “figli d'arte”), a professionisti rispettati; lontana sia che si guardi avanti, sia che si volga lo sguardo al passato. Ora ciò che è stato, nella tradizione, vi ritorna vichianamente.

Auguri a tutti noi per questo cammino, grazie a tutti quelli che ci saranno compagni di viaggio.

ORIENTAMENTI



Condotte riparatorie ed estinzione del reato: profili di un particolare “istituto premiale”

Ottavia Murro

Premessa

L'evoluzione del pensiero giuridico penale, nonché la profonda crisi del sistema processual-penalistico, hanno determinato una modifica dell'equazione reato/pena (*rectius* reato/processo e pena), portando, così, il legislatore ad individuare delle alternative sia al processo, sia alla pena¹. La traduzione normativa di tale quadro evolutivo la si riscontra, ad esempio, nella disciplina della sospensione condizionale della pena, della liberazione condizionale, della riabilitazione, nonché nell'introduzione dei procedimenti speciali, della giurisdizione di pace, dei poteri conciliativi del giudice (sia *ex artt.* 2 e 29 d.lgs. 274/2000, sia *ex art.* 555 comma 3 c.p.p.), fino ad arrivare alle più recenti novità della messa alla prova per gli adulti (art. 168-*bis* ss. c.p.) e della esclusione della punibilità per tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.). Infatti, in quest'ultimo decennio, la produzione normativa ha fortemente risentito della crisi del processo penale: la necessità di recuperare la ragionevole durata, unita all'esigenza di attuare il giusto processo, rappresentano la *ratio* motrice di numerosi interventi legislativi, ivi compresi quelli più recenti (l. 67/2014, d.lgs. 28/2015, nonché il d.d.l. governativo n. 2798/2014, c.d. Orlando).

Appare evidente che il processo penale, con tutte le sue innegabili garanzie, debba essere limitato ad un contenzioso selezionato e tale necessità di deflazione appare essere la *ratio* motrice anche dell'istituto di nostro interesse.

Un rapido *excursus* del ruolo della “riparazione” nel diritto e nel processo penale

Nell'iniziare col dare una definizione del concetto di “condotta riparatoria” possiamo ritenere che questa sia un comportamento *post delictum*, posto in essere dall'indagato/imputato, che consiste in una attività contraria all'illecito e finalizzata a risarcire il danno, a riparare, ovvero ad eliminare le conseguenze del reato. Tuttavia, l'evoluzione del sistema penale e della politica criminale

¹ A. RIZZO, *Il risarcimento del danno come risposta penale?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1997, p. 1171; C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 1987, pp. 3 ss.; H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Studi in Memoria di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, Milano 1991; M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano 2003.

hanno comportato una modifica del ruolo e degli effetti della riparazione: si è gradualmente passati da una riparazione meramente afflittiva ad una premiale. Infatti, la funzione svolta dall'istituto riparatorio può essere così riassunta: 1) riparazione come sanzione; 2) riparazione come circostanza attenuante; 3) riparazione come causa di esclusione della punibilità.

La riparazione c.d. afflittiva deve essere considerata come rientrante nel catalogo delle sanzioni, essendo un vero e proprio obbligo coercibile². La prima ipotesi di riparazione afflittiva codificata la riscontriamo nel Codice Napoleonico – all'art. 1382 – che prevedeva un obbligo alla riparazione nelle ipotesi di lesioni causate (almeno) da colpa³. Questa condotta riparatoria va considerata come una vera e propria obbligazione risarcitoria, disancorata dalla volontà del suo autore. Medesime caratteristiche si riscontrano nella riparazione prevista dal Codice Zanardelli⁴ (artt. 37 e 38)⁵ ove si prevedeva, quale fine ultimo dell'istituto, quello di «soddisfare l'oltraggio patito, il risentimento, il rammarico prodotto dall'offesa sull'animo della vittima»⁶. La condotta riparatoria nasce, quindi, come prestazione da aggiungere alla sanzione penale, in modo da «arricchire l'arsenale punitivo dello stato»⁷.

Non può ignorarsi come, nel sistema giuridico classico, ispirato ad una logica punitiva e retributiva, la riparazione rivesta un ruolo processuale marginale, venendo affiancata alle sanzioni, come una pena aggiuntiva. Tuttavia, ipotesi di «riparazione sanzionatoria» le riscontriamo anche nel diritto vigente, si pensi agli obblighi di ripristino o di bonifica previsti dall'art. 304 ss. del T.U. Ambiente (d.lgs. 152/2006); alla condanna alla remissione in pristino dello stato dei luoghi, prevista dall'art. 35 del d.P.R. 380/2001 e dall'art. 181 del d.lgs. 42/2004⁸ e agli obblighi di ripristino o di riparazione previsti nella nuova fattispecie di reato di combustione illecita di rifiuti (art. 256-*bis* c.p.)⁹. È opportuno specificare, però, che seppure

² Sulla questione F. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, Milano 2012, p. 243.

³ Prima del Codice Napoleonico già i giusnaturalisti avevano postulato un *neminem ledere*; cioè la possibilità di risarcire ogni lesione dell'interesse altrui causata con dolo o con colpa. Su tali postulati si basa il concetto di risarcimento presente nel Codice Napoleonico ove si ritiene che qualunque fatto dannoso, posto in essere dall'uomo, obbliga il soggetto agente a risarcire il danno, purché sussista la colpa.

⁴ Sul punto D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano 1999, p. 165.

⁵ Tali articoli riprendono quelli del Codice Sardo che disciplinava il risarcimento del danno (art. 72 cod. pen. Sardo) secondo cui la condanna alle pene stabilite dalla legge ha luogo sempre senza pregiudizio delle restituzioni e del risarcimento del danno, i quali possono essere dovuti alle parti danneggiate.

⁶ *Relazione Ministeriale al Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia*, in *Atti parlamentari - Camera dei Deputati*, XVI Legislatura, n. 28, Roma 1887, pp. 146 ss.

⁷ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 167.

⁸ Tali oneri sono previsti nelle ipotesi di opere abusive o in contrasto con vincoli ambientali.

⁹ Il d.l. n. 136 del 10 dicembre 2013 ha introdotto una nuova fattispecie penale: combustione illecita di rifiuti. Per un'analisi sulla fattispecie di reato, A. ALBERICO, *Il nuovo reato di combustione illecita di rifiuti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.dirittopenalecontemporaneo.it.

la natura di tale riparazione abbia i caratteri afflittivi propri della sanzione, questa rientra nel novero delle sanzioni amministrative e non in quelle penali¹⁰.

Il passaggio dalla riparazione come sanzione, alla riparazione come *conditio sine qua non* di un premio per l'imputato, è stato determinato sia dall'evoluzione della cultura giuridica, sia dall'introduzione dell'art. 27 Cost., nonché dal ripensamento del sistema penale e dalla graduale necessità di porre il processo e la pena come *extrema ratio*. Si è assistito ad un passaggio graduale dalla riparazione afflittiva e coercibile, alla riparazione premiale ed incoercibile. Quest'ultima, profondamente diversa dalla riparazione sanzionatoria, è imperniata su un comportamento spontaneo¹¹ e resipiscente¹² dell'imputato, indice di una minore capacità a delinquere e, pertanto, idonea a produrre un beneficio.

Rientrano in tale ipotesi le previsioni di riparazione come circostanza attenuante: l'art. 62 n. 6 c.p.; nonché le ipotesi di pentimento operoso e desistenza attiva di cui all'art. 56, commi 3 e 4, c.p.; i criteri di valutazione della capacità a delinquere di cui all'art. 133, comma 2, c.p.¹³ (che prescrivono al giudice di tener conto della condotta susseguente al reato); le ipotesi di applicazione della sospensione condizionale della pena «subordinata» all'avvenuta riparazione (art. 165 c.p.); la concessione del beneficio della liberazione condizionale, di cui all'art. 176 c.p., subordinata all'avvenuto adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato; l'estinzione della pena per riabilitazione, solo se sono adempiute le obbligazioni civili (art. 179 c.p. co. 6); la previsione di cui all'art. 47 l. 354/1975 (ordinamento penitenziario – ove si prevede che, in tema di affidamento in prova al servizio sociale, l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato). Inoltre, l'ipotesi di cui all'art. 17 del d.lgs. 231/2001, recante disposizione in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni, che prevede l'esclusione dell'applicazione delle sanzioni interdittive, qualora l'ente abbia risarcito il danno o abbia eliminato le conseguenze del reato, ovvero si sia adoperato efficacemente in tal senso; ovvero la previsione della condotta riparatoria come *conditio sine qua non* per la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena (si pensi all'art. 635 co. 9 c.p.).

¹⁰ Per un'analisi sul ruolo della sanzione riparatoria nei reati ambientali, C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli, Torino 2001.

¹¹ Si veda Cass. pen. sez. V, 25 febbraio 2000, n. 996, in *Cass. pen.* 2001, p. 1468.

¹² Il risarcimento adempiuto anteriormente al giudizio costituisce il sintomo di un concreto ravvedimento del soggetto e quindi della sua minore pericolosità sociale, inoltre non va considerato dal punto di vista del soddisfacimento degli interessi civili, quanto in funzione della condotta del colpevole successiva alla commissione del reato, nella quale condotta è evidente la resipiscenza dell'imputato, *ex plurimis* Cass. pen. sez. I, 18 aprile 1989, in *Cass. pen.* 1990, p. 1280; cfr. Cass. pen. sez. II, 25 giugno 1979, n. 1161, in *Giust. pen.* 1980, p. 415.

¹³ Gli interventi normativi potevano essere più innovativi sulla base degli studi della Scuola Positiva, sul punto E. FLORIAN, *Per una più rigorosa disciplina dell'obbligazione di risarcimento del danno derivante da delitto penale*, in *Sc. Pos.* 1928, pp. 97 ss.

La previsione dell'effetto estintivo nel catalogo delle conseguenze premiali della condotta riparatoria (effetto che – di fatto – determina la non punibilità dell'imputato) è connessa ad un'ulteriore modifica di cultura, sia giuridica sia sociale che, oltre a valorizzare la funzione rieducativa della pena, risponde alla logica di prevedere per gli illeciti meno gravi strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al processo e finalizzati, in ultima analisi, alla ricomposizione sociale del conflitto¹⁴.

Le fonti di questa evoluzione giuridica si riscontrano nei documenti internazionali che invitano alla semplificazione del procedimento, con espressa richiesta ai governi di introdurre mezzi stra-giudiziali di intervento penale, prevedendo procedure conciliative idonee a gestire un migliore accesso alla giustizia¹⁵; nonché nelle conseguenze – a maglie larghe – della nota sentenza della Corte di Strasburgo, Torreggiani contro Italia. Questo cambio di prospettiva influenza sia il modo di intendere il processo penale e la pena, i quali iniziano ad essere percepiti come *extrema ratio*, piuttosto che come immediata conseguenza del reato; sia il ruolo della riparazione che – in relazione a determinate ipotesi di reato – inizia a porsi come «una possibile soluzione nelle vicende penali [...]»¹⁶.

La riparazione come causa di estinzione del reato nasce e si sviluppa all'interno di tale evoluzione del pensiero giuridico ed è guidata da una chiara matrice sia ristorativa/rieducativa sia deflattiva, ponendosi come un vero e proprio istituto premiale.

Nel segnare una linea di confine tra le due ipotesi di riparazione premiale (attenuante della pena ed estintiva del reato), si rileva che il principale distinguo tra le due ipotesi è connesso agli effetti dell'istituto: la riparazione attenuante produce effetti favorevoli per l'imputato nel momento finale del

¹⁴ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, in G. SPANGHER - L. PICCOTTI (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa*, Giuffrè, Milano 2002; A. MANNA, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza del fatto: rapporti ed intersezioni*, in Note del Seminario, organizzato dal CSM, sul tema: *Rapporti tra illecito civile ed illecito penale*, Roma, 20 settembre 2001.

¹⁵ VII Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti; sul punto si veda anche C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa*, cit., p. 88.

¹⁶ Per un *excursus* puntuale sulle fonti internazionali si rimanda al capitolo che segue; tuttavia si citano alcuni documenti: *Raccomandation R (85) 11 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 1987, p. 636; Dichiarazione A/RES/40/34, in *Ind. Pen.* 1985, p. 666 e ss; *Dichiarazione di Vienna su criminalità e giustizia del X Congresso delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del Crimine e il trattamento dei detenuti*, 10-17 aprile 2000; *Risoluzione sui principi base sull'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia criminale* dell'Economic and Social Council delle Nazioni Unite n. 2000/14 del 27 luglio 2000; *Risoluzione sui principi base circa l'applicazione di programmi di giustizia riparativa nell'ambito penale* dell'Economic and Social Council delle Nazioni Unite n. 15/2002; *La Raccomandazione del Consiglio d'Europa REC (2003) 20* sulla giustizia riparativa in ambito minorile e la *Direttiva 2012/29/UE*, tutte in www.europa.eu.

processo, incidendo sul *quantum* di pena applicabile: il giudice è chiamato a pronunciarsi nel merito e, qualora ritenga sussistente la colpevolezza dell'imputato, applica una diminuzione di pena in ragione della riparazione *ex ante* adempiuta. Tale ipotesi riparatoria determina una modifica quantitativa della pretesa punitiva dello Stato, che si attenua davanti al comportamento resipiscente del reo. La riparazione estintiva, invece, non incide sul *quantum* di pena, ma, *latu sensu*, sulla punibilità dell'imputato, sull'iter processuale e sul *decisum*: la condotta riparatoria, valutata dal giudice come adeguata, determina una deflazione dell'intera fase dibattimentale, con conseguente provvedimento di estinzione del reato. Il giudice non è chiamato a pronunciarsi sul merito, ma solo sull'idoneità della riparazione e sulla sussistenza dei requisiti per l'applicabilità della causa estintiva in esame. Da ciò deriva che, determinando l'immediata declaratoria di estinzione del reato, l'istituto si pone come forma alternativa al processo penale, ricalcando i tratti tipici di un meccanismo deflattivo.

Inquadramento generale

Nel cercare di analizzare l'assetto normativo che regola le condotte riparatorie, si segnala, sin da subito, la principale difficoltà che *prima facie* si riscontra, ossia l'assenza di una disciplina organica. Invero, si registra la presenza di una molteplicità di disposizioni normative che caratterizzano l'istituto, frutto di distinti e non coordinati interventi legislativi. Nel cercare di dare un primo ordine alle diverse ipotesi di estinzione per riparazione, potremmo iniziare con una *summa divisio*, determinata dall'ambito di applicazione¹⁷:

- a) riparazione come causa di estinzione generale, in riferimento a quelle norme che introducono, per indeterminate fattispecie di reato, la declaratoria di estinzione in esame;
- b) riparazione come causa di estinzione speciale, relativamente alle ipotesi che disciplinano la causa di estinzione in relazione ad una singola fattispecie di reato; ovvero ad alcune e limitate fattispecie di illeciti previsti da leggi speciali.

Rientra nella prima categoria la previsione, *ex art.* 35 d.lgs. 274/2000, che prevede la sentenza di estinzione per tutti i reati di competenza del giudice di pace, qualora l'imputato, prima dell'udienza di comparizione, abbia provveduto a riparare il danno cagionato, mediante restituzioni o risarcimento ed abbia eliminato le conseguenze dannose e pericolose del reato. Va rilevato come, in un recente disegno di legge (A.C. 2798, del 23 dicembre 2014), sia stata prevista una nuova ipotesi di causa di estinzione per riparazione, sempre generale, prevista per tutti i reati procedibili a querela soggetta a remissione (si propone, infatti, l'introduzione dell'art. 162-ter c.p.).

¹⁷ Sul punto, volendo, O. MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2016, pp. 37 ss.

Queste due ipotesi (una normativa, l'altra ancora oggetto di lavori parlamentari) hanno un ambito di applicazione ampio ed unitario: reati di competenza del giudice di pace (art. 35 d.lgs. 274/2000); reati procedibili a querela remissibile (art. 162-ter c.p. - A.C. 2798/2014).

All'apparente organicità sopra descritta si affianca la normativa multiforme che governa la causa di estinzione speciale conseguente a riparazione.

Si riscontrano, infatti, ipotesi variegata sia da un punto di vista strutturale, che procedimentale, disciplinate nella parte generale del codice penale e nelle leggi speciali; si pensi all'ipotesi di estinzione per riparazione di cui all'art. 341-bis c.p. che, per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale, prevede una specifica causa di estinzione se l'imputato, prima del giudizio, abbia riparato interamente il danno mediante risarcimento, sia nei confronti della persona offesa, sia nei confronti dell'ente di appartenenza della medesima; nonché l'art. 641 c.p. (insolvenza fraudolenta), che prevede l'estinzione del reato qualora si sia adempiuto al pagamento dell'obbligazione prima della sentenza di condanna.

Inoltre, si segnalano i casi peculiari di estinzione per riparazione in materia di illeciti commessi dagli amministratori (2627, 2628, 2629 e 2633 c.c., come modificati dal d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61), nonché in materia di abusivismi edilizi, nell'ipotesi di ripristino delle aree o degli immobili soggetti a vincoli paesaggistici (art. 181 del d.lgs. 42 del 2004, c.d. Codice del paesaggio); nonché l'ipotesi di "bancarotta riparata" ex art. 217-bis legge fallimentare.

Accanto a tale gineprario normativo si affianca la peculiare ipotesi estintiva per i reati di guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze psicotrope (artt. 186 co. 9-bis e 187 co. 8-bis c.d.s.). Le due disposizioni, peculiari nel nostro ordinamento, prevedono che il lavoro di pubblica utilità, svolto dopo la sentenza di patteggiamento (ove si prevede come pena sostitutiva all'arresto e all'ammenda il lavoro ex art. 54 d.lgs. 274/2000), qualora dia un esito positivo, estingue i reati di guida in stato di ebbrezza, ovvero sotto l'effetto di sostanze stupefacenti.

Le distinte ipotesi *de qua* si strutturano su presupposti operativi e meccanismi procedurali che variano da fattispecie a fattispecie.

Tuttavia, seppure sussistono numerosi elementi variabili tra le suddette fattispecie, la causa di estinzione per riparazione è costruita su un modello unitario: la condotta riparatoria, posta in essere nel rispetto dei requisiti indicati dalla norma, può *in re ipsa* determinare l'estinzione del reato. Sussiste, pertanto, un rapporto sinallagmatico tra la condotta riparatoria e il beneficio estintivo.

Si delinea, così, la seguente equazione: «condotta riparatoria + adempimento conforme alla norma = estinzione del reato». L'uso del termine equazione non è apparso improprio, in quanto, tanto la condotta riparatoria, quanto l'adempimento conforme alla norma, recano nel loro nucleo una molteplicità di variabili.

Per ragioni di completezza si segnala che la condotta riparatoria è collegata al beneficio dell'estinzione del reato anche in relazione ad altri istituti premiali e deflattivi quali la messa alla prova (sia per l'imputato minore che per quello

adulto); l'oblazione speciale e i casi peculiari di archiviazione c.d. condizionata (in materia di prevenzione sul lavoro, artt. 20 ss. del d.lgs. 758/94 e in materia di illeciti ambientali, artt. 381-*bis* ss. al d.lgs. 152/2006, recentemente introdotti del 22 maggio 2015, n. 68). Tali ipotesi divergono profondamente dalle fattispecie sopra delineate, presentando una peculiarità: manca il binomio riparazione/estinzione, in quanto la condotta riparatoria non è causa diretta del beneficio suddetto, essendo – di per sé – inidonea ad escludere la punibilità. Alla condotta riparatoria, infatti, l'imputato deve unire una serie di attività comportamentali, poiché l'estinzione del reato è determinata dal corretto adempimento di un cumulo di prestazioni *post factum*.

Nel concentrare l'analisi alle cause di estinzione per (sola) condotta riparatoria, emerge dal dettato normativo che le diverse ipotesi di estinzione presentano alcuni tratti comuni ed altri, invece, peculiari. Si possono così individuare alcuni elementi che potremmo definire fissi ed altri variabili.

Rientrano nel primo gruppo quelli relativi a: a) personalità, effettività e volontarietà nell'adempimento della condotta; b) incomunicabilità della causa estintiva al concorrente inadempiente; c) previsione di un limite temporale perentorio, entro il quale adempiere la condotta riparatoria; d) previsione di provvedimento di estinzione pronunciato dal giudice.

Sono, invece, aspetti variabili quelli attinenti a: e) ambito di applicazione; f) presupposti applicativi; g) caratteristiche e contenuto della condotta riparatoria; h) profili processuali.

Poteri valutativi del giudice

L'adempimento della condotta riparatoria non comporta l'immediata estinzione del reato, poiché la disciplina normativa prevede una valutazione del giudice, seppure con distinguui – in ordine ai poteri valutativi – da fattispecie a fattispecie. È noto che il solo art. 35 del d.lgs. 274/2000 prevede, al comma secondo, il parametro dell'idoneità della riparazione a soddisfare le esigenze di prevenzione e riprovazione nel reato; rappresentando un *unicum* nel nostro ordinamento.

Tuttavia, nel soffermarci su alcuni punti convergenti tra le distinte ipotesi, appare corretto ritenere che la sussistenza di una causa di estinzione non può escludere una valutazione sull'adempimento della condotta da parte dell'imputato; in quanto la condotta riparatoria non può essere adempiuta da un terzo, poiché configura una causa di estinzione a "carattere soggettivo" che opera in ragione di un comportamento riparatorio sintomatico del sopravvenuto ravvedimento e, quindi, della minore pericolosità sociale¹⁸. Il requisito della

¹⁸ Per un'analisi della giurisprudenza di legittimità sul requisito della soggettività della condotta riparatoria si rimanda agli orientamenti formati in tema di circostanza attenuante *ex* art. 62 n. 6 c.p.: Cass. pen. sez. V, 25 febbraio 2008, n. 996, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1468; Cass. pen. sez. II, 26 giugno 1979, n. 1161, in *Giust. pen.*, 1980, II, p. 415.

personalità, implica l'inapplicabilità della causa di estinzione al correo inadempiente, pertanto se uno solo dei correi ha provveduto in modo integrale alla riparazione, l'altro concorrente, per fruire della menzionata causa di estinzione, deve contribuire al risarcimento, non più direttamente nei confronti della parte lesa – la quale non ha più titolo a ricevere altro – ma rimborsando il complice più diligente¹⁹.

Altra valutazione che il giudice è chiamato a fare attiene all'adempimento della condotta entro il termine perentorio indicato dalla norma (si segnala che il termine non è sempre il medesimo, essendo variabile tra le diverse fattispecie).

Per quanto concerne le valutazioni sulla responsabilità dell'imputato, nel silenzio normativo, si segnala che il giudice è chiamato a pronunciarsi sulla congruità della condotta riparatoria in relazione al fatto, al grado di colpa e all'ascrivibilità della condotta all'imputato. Pertanto sembrerebbe necessario un vaglio sulla sussistenza del fatto di reato e sull'ascrivibilità dello stesso all'imputato, tuttavia, nessuna norma richiama espressamente l'art. 129 c.p.p. Tale *vulnus* potrebbe essere sanato richiamando la giurisprudenza a Sezioni Unite in tema di pena negoziata²⁰, in modo da ritenere che il giudice, prima di pronunciarsi sull'estinzione del reato conseguente a riparazione, debba comunque escludere la prova dell'innocenza. Pertanto, pur non potendo valutare fatti e prove, né potendo effettuare alcun approfondimento probatorio²¹, il giudicante dovrebbe verificare la sussistenza o meno dei presupposti per un proscioglimento con le formule «il fatto non sussiste, non costituisce reato, non è previsto dalla legge come reato, l'imputato non l'ha commesso», ovvero le ipotesi in cui manchi una condizione di procedibilità²².

¹⁹ Per la circostanza attenuate di cui all'art. 62 n. 6 c.p. si segnala, Cass. pen. sez. un., 22 gennaio 2009, n. 5941, in *Dir. pen. proc.* 2010, p. 173, con nota di A. SCARCELLA *Attenuante del risarcimento del danno ed estensibilità condizionata al compartecipe*.

²⁰ Sez. un. 26 febbraio 1007, Bahrouni, in *C.E.D.* n. 207245; in senso cfr. Cass. pen. sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 48765, in *C.E.D.* n. 254104, Cass. pen. sez. IV, 13 luglio 2006, n. 34494, in *C.E.D.* n. 234824, ove si riafferma il principio già sostenuto dalle Sezioni Unite che nel patteggiamento, il giudice deve in ogni caso valutare se in relazione al fatto descritto nel capo di imputazione sia ravvisabile una causa di non punibilità, poiché l'atto contenente la contestazione dell'addebito costituisce parte integrante della sentenza, e, in caso affermativo, deve emettere sentenza liberatoria; nonché Cass. pen. sez. IV, 21 aprile 2010, n. 31392, in *C.E.D.* n. 248198.

²¹ Sul punto Cass. pen. sez. IV, 21 maggio 1993, Paone, in *Cass. pen.* 1995, p. 651; Cass. pen. sez. IV, 3 dicembre 2004, in *Guida Dir.* 2004, n. 23, p. 94 ove si stabilisce che, in tema di sentenza patteggiata, la ricognizione degli atti può condurre ad una sentenza *ex art.* 129 c.p.p. quando è palese l'esistenza di una causa di non punibilità, senza la necessità di alcun approfondimento probatorio e di ulteriori acquisizioni; conforme, Cass. pen. sez. IV, 13 febbraio 1996, Trebeschi, in *Cass. pen.* 1997, p. 1836; Cass. pen. sez. IV, 13 gennaio 1998, Marone, in *C.E.D.* n. 210166 e Cass. pen. sez. VI, 28 novembre 1997, Bassi, in *C.E.D.* n. 210844.

²² Si segnala la giurisprudenza sviluppatasi in tema di pena negoziata: Cass. pen. sez. VI, 10 luglio 1990, Cimino, in *Cass. pen.* 1991, p. 622; Cass. sez. VI, 20 febbraio 1998, n. 3823, in *C.E.D.* n. 211943.

Premesso ciò, giova sottolineare che la sentenza non può statuire sul danno, né non può contenere alcuna condanna al risarcimento. Infatti, la condotta riparatoria *ex ante* adempiuta dall'imputato, non costituisce l'effetto della sentenza, ma ne è il suo presupposto; la riparazione è il fatto storico che costituisce l'antecedente alla declaratoria di estinzione. Il giudice, in motivazione, deve dare atto dell'avvenuta riparazione, dell'eventuale dissenso della persona offesa, nonché motivare circa la congruità della condotta in relazione al fatto.

La norma serba il silenzio circa l'eventuale liquidazione delle spese di costituzione di parte civile; non è, infatti, da escludere che la persona offesa si sia costituita, con conseguente aumento dei costi processuali; in tal caso le conseguenze dannose del reato sarebbero aggravate dalle spese legali affrontate dalla vittima. La questione ha interessato i giudici di legittimità relativamente alla sola ipotesi di cui all'art. 35 d.lgs. 274/2000 e, nel caso di specie, veniva esclusa la necessità, ai fini della declaratoria di estinzione del reato, della refusione delle spese eventualmente sostenute dalla persona offesa²³.

La *ratio* di tale pronuncia sembra risiedere proprio nel disposto normativo: il legislatore, infatti, nel serbare il silenzio circa la refusione delle spese legali, lascia trasparire una volontà protesa ad escludere tale *quantum* dalla condotta che l'imputato deve riparare. Tuttavia, non vengono pregiudicati i diritti risarcitori della persona offesa, infatti, il giudice si limita ad accertare la congruità della somma offerta ai soli fini dell'estinzione del reato, individuando una proporzione tra "risarcimento" e "danno criminale". La mancata statuizione sul "danno civile", nonché l'assenza di una previsione normativa che imponga all'imputato l'integralità del risarcimento, comporta che tale provvedimento non rivesta autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno²⁴. Infatti, il positivo apprezzamento ai fini satisfattivi dell'idoneità complessiva della condotta riparatoria, prescinde dall'integrale risarcimento del danno, la cui valutazione va correttamente devoluta ad giudice civile²⁵.

L'art. 35 del d.lgs. 274/2000

Va rilevato che tra le diverse ipotesi di estinzione per riparazione, quella disciplinata dall'art. 35 d.lgs. 274/2000 costituisce la fattispecie più utilizzata (in ragione del suo ambito di applicazione esteso a tutti i reati di competenza del giudice monocratico), nonché quella più interessante da analizzare, soprattutto in un'ottica *de jure condendo*. Appare, pertanto, opportuno focalizzare l'analisi che seguirà sui nodi critici della disciplina dell'art. 35 d.lgs. 274/2000 e sulle prospettive di riforma.

²³ Cass. pen. sez. V, 7 marzo 2013, n. 21012 in *C.E.D.* n. 255440.

²⁴ Sul punto: Cass. pen. sez. V, del 25 settembre 2014, n. 2656 in *C.E.D.* n. 48708; Cass. pen. sez. IV, del 15 gennaio 2015, n. 75 in *C.E.D.* n. 4610; Cass. pen. sez. un., 23 aprile 2015, n. 33864, in *C.E.D.* n. 264238.

²⁵ Cass. pen. sez. un., 23 aprile 2015, n. 33864, in *C.E.D.* n. 264238.

Tale ipotesi riparatoria, tuttavia, non può prescindere da una disamina della *ratio* sottesa alla giurisdizione di pace, in quanto l'istituto risente inevitabilmente dei principi ispiratori del suddetto decreto. È noto che la giurisdizione di pace²⁶ delinea un modello di giustizia alternativo a quello tradizionale, proteso a delineare il «volto mite» del diritto penale²⁷. Le finalità del rito, pertanto, appaiono duplici: «ragionevole durata» del processo e conciliazione tra le parti. La nascita di tale nuovo modello di giustizia appare evidente già dai primissimi articoli del d.lgs. 274/2000: l'art. 2, nonché l'art. 29 co. 4²⁸, dai quali si evince che la conciliazione tra le parti private deve rappresentare il fulcro dell'udienza²⁹.

Processo e pena hanno un ruolo di *extrema ratio*³⁰ e tale eccezionalità non è determinata solo dalla previsione di cui all'art. 29 co. 4, ma anche dalla disciplina del Capo V, dall'eloquente nomenclatura «Definizioni alternative del procedimento»³¹. All'interno di tale Capo sono disciplinati due istituti: l'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34) e l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie (art. 35); istituti che il legislatore ha inteso sperimentare nell'ambito circoscritto della competenza del giudice di pace, onde valutarne una più ampia diffusione. Infatti, la tenuità del fatto è stata recentemente introdotta anche nel rito ordinario, dal d.lgs. 28 marzo 2015, n. 28, mentre la causa di estinzione conseguente a condotte riparatorie viene proposta in una recente riforma nota come d.d.l. Orlando (A.C. 2798/2014).

La causa di estinzione in esame appare in perfetta sintonia con gli scopi del decreto³²: la riparazione sottolinea l'*imprinting* ristorativo e mite del giudice

²⁶ Relazione Ministeriale al decreto legislativo 274 del 2000, in *Dir. Giust.* 2000, 31, p. 38.

²⁷ E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., pp. 2 ss.

²⁸ Sul punto Cass. pen. sez. V, 6 dicembre 2004, Cadone, in *C.E.D.* n. 231290; Cass. pen. sez. I, 23 settembre 2007, Carrassi, in *C.E.D.* n. 236782.

²⁹ D. BATTISTA, *Obiettivi del giudizio, la conciliazione, la riparazione e il risarcimento del danno*, in *Dir. Giust.*, 2000, 35, p. 58. Si è parlato anche di deprocessualizzazione della controversia davanti al giudice di pace in M. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, in *Dir. Pen. Proc.* 2006, p. 269; in senso cfr. E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., p. 11.

³⁰ I. LEONCINI, *Le sanzioni*, in *Dir. Pen. Proc.* 2001, pp. 189 ss.

³¹ Gli istituti disciplinati dal Capo V rappresentano l'attuazione del principio di sussidiarietà in base al quale la sanzione penale non deve essere applicata se il fatto esprime un disvalore minimo e gli scopi di prevenzione generale e speciale possono essere perseguiti mediante il ricorso a sanzioni meno afflittive; sul punto si veda S. CORBETTA, *sub art. 34, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274*, in A. GIARDA - G. SPANGHER (a cura di), *Codice di Proc. Pen. Comm.*, 2007, pp. 6907 ss.; A. GIARDA, *Il giudice di pace, una sperimentazione per il momento in funzione ancillare*, in AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, cit.

³² R. BARTOLI, *Le definizioni alternative*, cit., p. 182, l'autore ritiene infatti che l'esigenza deflattiva ha dato impulso all'intera riforma indicata dal decreto legislativo 274 del 2000, rappresentando lo scopo principe da realizzare. Tale esigenza ha poi ceduto il posto al perseguimento di altri fini e di ben altra natura: quelli conciliativi. In senso cfr. P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione*, in *Dir.*

pacificatore³³; è ispirata sia al *favor reparandi* sia al *favor rei* ed è conforme al principio di eccezionalità e sussidiarietà del processo e della pena, apparendo come un vero e proprio istituto deflattivo³⁴. Infatti, la norma risponde all'idea secondo la quale a reati di differente disvalore deve corrispondere una risposta punitiva qualitativamente e quantitativamente diversa. Nella logica dei presupposti sottesi alla norma, si intravede la volontà di riequilibrare l'ordine violato attraverso un «sacrificio restauratore» dei diritti patrimoniali e non dell'imputato: la pretesa punitiva dello Stato sembra arretrare innanzi alla dimensione «privata» del fatto di reato e alla rivalutazione del rapporto umano³⁵.

I presupposti per la declaratoria di estinzione sono connessi all'adempimento da parte dell'imputato della condotta riparatoria (risarcimento ed eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose del reato), da adempiere prima dell'udienza di comparizione³⁶. Le prime righe della norma lasciano intravede-

Pen. Proc. 2000, pp. 929 ss.; S. QUATTROCOLO, *sub art. 35*, in *Commento alla legge 24 novembre 1999 n. 468*, in *Leg. Pen.* 2000, p. 6.

³³ La ratio del decreto legislativo 274 del 2000 viene compiutamente analizzata da R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. Pen. Proc.* 2001, pp. 172 ss.; V. PATANE, *La mediazione*, in G. GIOSTRA - G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino 2001, p. 353; l'autore osserva che la competenza penale devoluta al giudice di pace si iscrive in una logica finalizzata alla valorizzazione della conciliazione, allo scopo di raggiungere una composizione bonaria dei conflitti. Si veda anche E. MARZADURI, *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione?* in *Giudice di pace e processo penale* diretto da M. CHIAVARIO - E. MARZADURI, Utet, Torino 2002, p. 9.

³⁴ Sul punto S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace: un nuovo modello di giustizia penale*, Cedam, Padova 2001, pp. 505 ss.; R. BARTOLI, *Le definizioni alternative*, cit., p. 183. Per un'attenta analisi si veda anche S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., p. 339. Invero non si può negare che il risarcimento costituisce un fattore efficace sotto il profilo general-preventivo o special-preventivo, ovvero in entrambi i sensi, sul punto C. ROXIN, *Risarcimento del danno*, cit., p. 15.

³⁵ S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., p. 359 e P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione*, in *Dir. Pen. Proc.* 2000, p. 929.

³⁶ Per un'analisi sull'art. 35 e sul d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, P. PISA, *Un diritto penale mite*, in AA.VV. *La competenza penale del giudice di pace*, Milano 2000, p. 15; G. AMATO, *Così il ravvedimento operoso estingue la pena*, in *Guida Dir.* 2000, n. 38, p. 124; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, Milano 2001; R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in G. GIOSTRA - G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino 2001, p. 337; N. GALATINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, in L. PICOTTI - G. SPANGHER (a cura di), *op. cit.*; G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, in AA.VV., *Il giudice di pace - quaderni. Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Ipsosa, Milano 2003, p. 139; A. GIARDA, *Il giudice di pace, una sperimentazione per il momento in funzione ancillare*, in AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, cit.; S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in A. SCALFATI (a cura di),

re il fine deflattivo dell'istituto, ove si indica quale termine perentorio quello antecedente alla prima udienza. L'intento deflattivo si può estendere anche alla giurisdizione civile, per effetto del soddisfacimento delle pretese risarcitorie della vittima.

Accanto a tale fine, si aggiungono gli ulteriori scopi a cui tende la previsione: rieducazione e riparazione. Il primo, preminente sul secondo, come vedremo, è delineato dal secondo comma dell'art. 35, ove si prevede che la condotta riparatoria debba essere idonea a soddisfare le esigenze di prevenzione e riprovazione nel reato; prevenzione e riprovazione vengono intese come esigenze che, se soddisfatte, implicitamente soddisfano il requisito della rieducazione.

L'ulteriore fine satisfattivo appare subordinato sia alla necessità di deflazione, che di rieducazione: l'istituto si pone come una scelta dell'imputato, strettamente collegata al suo diritto di difesa e rappresenta una delle opzioni premiali a cui ricorrere per uscire rapidamente dal circuito penale. Il fatto che gli interessi risarcitori della vittima non siano preminenti emerge da due distinti aspetti: l'assenza di un potere di veto dell'offeso e la mancanza di una previsione di una integralità della riparazione; pertanto, appare più corretto ritenere che la norma abbia una funzione «parzialmente satisfattiva»³⁷, in quanto gli interessi della persona offesa sono subordinati alle esigenze deflative e rieducative.

Delineato il fine, appare opportuno individuarne l'ambito di applicazione.

Sicuramente la norma è astrattamente applicabile a tutti i reati di competenza del giudice di pace. L'istituto originariamente era stato prefigurato con riguardo ai soli reati perseguibili d'ufficio, allo scopo di preservare «l'intangibilità della volontà punitiva del privato»³⁸. Tale linea interpretativa, non accolta nel prosieguo dei lavori parlamentari, ha lasciato spazio alla volontà di estendere l'istituto anche ai reati perseguibili a querela, potendo configurare una potestà di «scavalco» – da parte del giudice – della pretesa punitiva della vittima, in tutte le ipotesi di indebita persistenza della domanda di punizione del querelante/ricorrente, il quale abbia comunque visti soddisfatti i suoi interessi attraverso l'adempimento di una condotta riparatoria³⁹.

Un problema interpretativo sorge, relativamente all'applicabilità dell'istituto, nelle ipotesi di reati senza vittima e nelle ipotesi in cui le cui conseguenze

Il giudice di pace. Un modello di giustizia penale, Cedam, Padova 2001, p. 497; O. MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, cit., pp. 69 ss.; L. PICOTTI, *Giudice di pace e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, in L. PICOTTI - G. SPANGHER, *op. cit.*

³⁷ E. APRILE, *Profili deflattivi del procedimento dinanzi al giudice di pace*, cit., p. 2118.

³⁸ Relazione al decreto legislativo sul giudice di pace, in *Dir. Giust.* 2001, 31, p. 62.

³⁹ Questo orientamento punta ad estendere la causa di estinzione del reato anche ai reati perseguibili a querela, riconoscendo al giudice il potere di valutare la congruità e l'effettività delle condotte riparatorie e di pervenire ad una declaratoria di estinzione del reato pur in presenza di un rifiuto dell'offeso a ritirare la sua domanda di punizione.

dannose e/o pericolose non siano eliminabili. Il dettato normativo dell'art. 35 prevede la riparazione del danno mediante restituzioni, risarcimento, nonché mediante l'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose, condotte che, unite dalla congiunzione "e" e non "o", suggeriscono un rapporto cumulativo e non alternativo. Va osservato che il «cumulo necessario» delle due condotte non appare pienamente condivisibile, in quanto, sia lo scopo deflattivo, che quello rieducativo della norma, lasciano trasparire la necessità di un rapporto di «residualità» tra le condotte; pertanto, il risarcimento del danno e l'eliminazione delle conseguenze devono essere cumulativamente adempiute solo quando siano entrambe oggettivamente realizzabili. Qualora non sussistano conseguenze dannose o pericolose, ovvero queste non siano eliminabili, il risarcimento del danno deve essere considerato come "idoneo" ad integrare l'ipotesi estintiva; di converso, nei reati senza danno, l'imputato dovrebbe provvedere alla sola eliminazione delle conseguenze del reato⁴⁰.

Per quanto riguarda i reati con vittima, la disposizione sembrerebbe essere applicabile a tutte le ipotesi di reato (sia contro il patrimonio che contro la persona), senza poter fare alcuna distinzione in relazione al tipo di danno cagionato⁴¹.

La norma è, invece, inapplicabile, alle ipotesi di reato permanente, a causa della protrazione degli elementi costitutivi dell'illecito e, di conseguenza, dell'offesa. Infatti, il reato permanente è incompatibile con le cause estintive del reato che presuppongono una condotta riparatoria, in quanto, la condotta e l'evento si presentano come un complesso unitario, sostenuto dalla volontà di protrarre nel tempo la violazione; pertanto, la cessazione della permanenza deve costituire il presupposto per l'applicazione della causa estintiva⁴².

La causa di estinzione è, invece, applicabile alle ipotesi di reato continuato e tentato.

Rispetto alla prima ipotesi, il problema attiene alla necessità di una riparazione del danno cagionato da ogni singolo episodio criminoso, ovvero alla necessità di una riparazione del danno cagionato dal solo reato più grave. La soluzione più conforme alla norma, sembrerebbe essere la prima, pertanto il reato continuato va considerato come un pluralità di reati e la causa estintiva potrà operare esclusivamente in relazione alla fattispecie criminosa a cui si riferisce⁴³. Per quanto attiene alle ipotesi di tentativo, la norma non indica alcun

⁴⁰ Sul punto, R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., p. 185 e O. MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, cit., pp. 83 ss.

⁴¹ *Contra*, S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., pp. 510 ss.

⁴² Sul punto Cass. sez. I. 24 gennaio 2012, n. 7758 in *C.E.D.* n. 252425; Cass. sez. un. 28 aprile 1999, n. 10 in *Cass. pen.* 2000, p. 481; Cass. pen. sez. I, 10 dicembre 1996, n. 1659, in *C.E.D.* n. 206933; *contra* Cass. sez. III, 14 aprile 1997, n. 5147, in *Cass. pen.* 1998, p. 3220.

⁴³ Anche su tale questione non ci sono specifici orientamenti giurisprudenziali e pertanto si deve richiamare la giurisprudenza relativa alle ipotesi di attenuante *ex art.* 62 n. 6 c.p.: sulla questione sono intervenute le Sezioni Unite, le quali hanno stabilito che la circostanza

parametro interpretativo; tuttavia, seppure il tentativo può essere considerato come una figura autonoma di reato (idonea a provocare un danno, che si perfeziona nel momento in cui sono posti in essere gli atti idonei e non equivoci di cui all'art. 56 c.p.)⁴⁴, non può ignorarsi che, relativamente ai reati di competenza del giudice di pace, l'ipotesi tentata potrebbe rientrare nella causa di esclusione della procedibilità per tenuità del fatto, rubricata all'art. 34, piuttosto che nella previsione di cui all'art. 35.

Relativamente ai reati di pericolo, seppure parte della dottrina ha ritenuto astrattamente applicabile la causa estintiva delle condotte riparatorie⁴⁵, la giurisprudenza si è espressa in termini negativi, ritenendo che l'art. 35 non sia applicabile ai reati di pericolo, per i quali le condotte riparatorie appaiono oggettivamente incompatibili, non costituendo un *actus contrarius* rispetto alla condotta incriminata e non essendo in grado di realizzare una qualche forma di compensazione nei confronti della persona offesa⁴⁶. Appare evidente come per alcune fattispecie criminose è meno agevole individuare gli spazi operativi delle condotte riparatorie⁴⁷; seppure, tale difficoltà non dovrebbe sfociare nella

attenuante della riparazione vada valutata ed applicata in relazione ad ogni singolo reato unificato nel medesimo disegno criminoso; sez. un. 27 novembre 2008, n. 3286 in *C.E.D.* n. 241755 e, in senso cfr. Cass. pen. sez. II, 12 ottobre 2011, n. 39166, in *C.E.D.* n. 251128.

⁴⁴ Cass. pen. 5 gennaio 1993, Russo, in *Cass. pen.* 1994, p. 1508; Cass. pen. sez. II, 12 giugno 1992, n. 5, in *C.E.D.* n. 192640; Cass. pen. sez. IV, 30 novembre 2011, n. 47500, in *C.E.D.* n. 251741; e l'applicabilità dell'attenuante Cass. pen. 15 luglio 1981, Orlandi, in *Cass. pen.* 1982, p. 878; Cass. pen. 27 novembre 1981, Ciofani, in *Giust. Pen.*, 1982, p. 707. La giurisprudenza ritiene applicabile, alle ipotesi tentate, l'attenuante di cui al comma 4 dell'art. 62 c.p., ossia l'ipotesi di particolare tenuità del fatto; cfr. Cass. pen. sez. V, 30 settembre 2008, n. 44153, in *C.E.D.* n. 241688.

⁴⁵ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., p. 381; in senso critico nei confronti della scelta del legislatore S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., p. 512, secondo il quale per i reati di pericolo sussiste un «problema di incompatibilità ontologica» tra le modalità di estinzione del reato e la loro essenza, in quanto la persona imputata di un reato di pericolo è privata della possibilità di accedere al meccanismo di oblazione, né può veder applicata, nei suoi confronti, la dichiarazione di estinzione del reato prevista dall'art. 35.

⁴⁶ La giurisprudenza formatasi sulla questione attiene al reato di guida in stato di ebbrezza, reato non più di competenza del giudice di pace (l. 214 del 1 agosto 20013); tuttavia, per un'analisi si segnala Cass. pen. sez. IV, 26 ottobre 2007, n. 39563 ove si stabilisce, in relazione al reato di guida in stati di ebbrezza, che non è possibile applicare l'art. 35 ai reati di mero pericolo come le contravvenzioni al codice della strada rispetto alle quali non è nemmeno in astratto ipotizzabile un danno risarcibile. Di guisa che è del tutto irrilevante, come nel caso di specie, l'avvenuto versamento di una somma di denaro al fondo vittime della strada; Cass. pen. sez. IV, 6 ottobre 2005, n. 36366; in senso cfr. Cass. pen. sez. IV, 1 giugno 2005, n. 20525. Sentenze disponibili su www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

⁴⁷ Si pensi ad esempio al reato di sottoscrizione di più candidature alle liste elettorali (art. 106 d.P.R. 30 marzo 1957 n. 361); al reato di turpiloquio o atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 c.p.); alle violazioni al codice della navigazione quali l'inosservanza di un ordine

inapplicabilità *ex ante* della causa estintiva. Nei reati di pericolo si potrebbe individuare un soggetto giuridico in grado di rappresentare gli interessi collettivi messi in pericolo; ovvero, per i reati previsti dal codice della strada (ad eccezione degli artt. 186 e 187 c.d.s., di competenza del tribunale monocratico), si potrebbero prevedere prestazioni sostitutive e vicarie in favore di terzi, quali ad esempio i fondi di garanzia per le vittime della strada⁴⁸.

Riparazione adempiuta dalla compagnia assicuratrice

Un profilo problematico attiene alla rilevanza della riparazione adempiuta da un terzo, quale l'ente assicuratore, soprattutto nel settore dell'infortunistica stradale.

Il quesito da dissipare è se il risarcimento – posto in essere dall'ente assicuratore – possa determinare il beneficio dell'estinzione del reato e, a tal proposito, è opportuno richiamare il contrasto giurisprudenziale sorto sulla circostanza attenuante di cui all'art. 62 comma 1 n. 6 c.p. Ci si chiede, quindi, se sia necessaria una riparazione personale dell'imputato, non dando, così, rilevanza (ai fini del beneficio) al risarcimento del danno operato dall'assicurazione⁴⁹; ovvero, se sia idoneo, ai fini dell'estinzione del reato, il risarcimento da parte di terzo legittimato, purché l'imputato ne abbia conoscenza e mostri la volontà di farlo proprio⁵⁰.

Il contrasto impone qualche osservazione. L'orientamento preclusivo, infatti, sembra porre l'agente in una situazione anomala: dover adempiere personalmente al risarcimento, nonostante l'ente di assicurazione vi abbia già adempiuto; oppure, doversi attivare affinché l'assicurazione non adempì il risarcimento, onde potervi adempiere lui personalmente.

da parte di un componente dell'equipaggio (art. 1094 c. nav.); al manovramento arbitrario del passaggio a livello (art. 65 c. 3 d.P.R. 11 luglio 1980 n. 753). Oltre a tali ipotesi, tra i reati di pericolo rientrano tutte le violazioni al codice della strada e per tali fattispecie criminose una parte della dottrina individua la possibilità di applicare condotte latamente riparatorie come la frequenza di un corso di guida sicuro, nelle ipotesi di guida in stato di ebbrezza; C. CALUBINI, *Competenza penale del giudice di pace e reati del codice della strada*, in *Dir. Pen. Proc.* 2004, p. 885.

⁴⁸ G. LUNGHINI, *La competenza penale del giudice di pace: l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in *Giudice di Pace*, 2001, p. 140; S. TURCHETTI, *Giudice penale di pace*, in E. DOLCINI - G. MANICUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, II ed., Ipsoa, Milano, p. 5590.

⁴⁹ Per l'orientamento restrittivo, che non ammette una riparazione ad opera della compagnia assicuratrice cfr. Cass. pen. sez. VI, 9 novembre 2005, n. 46329, in *C.E.D.* n. 232837. In linea con un'interpretazione che mira ad escludere l'idoneità della riparazione posta in essere dall'ente assicuratore, R. BARTOLI, *Le definizioni alternative*, cit., p. 183.

⁵⁰ Cass. pen. sez. IV, 4 ottobre 2004, n. 46557, in *C.E.D.* n. 230195; in senso cfr. Cass. pen. sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 23663, in *C.E.D.* n. 25614, ove si ritiene che ai fini della sussistenza dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p., il risarcimento, ancorché effettuato dalla società o dall'ente nell'ambito del quale opera l'imputato, deve ritenersi effettuato personalmente dall'imputato medesimo tutte le volte in cui questi ne abbia conoscenza e mostri la volontà di farlo proprio. Sulla specifica questione si veda anche Cass. pen. sez. IV, 6 febbraio 2009, n. 13870, in *C.E.D.* n. 243202; Cass. pen. sez. IV, 2 marzo 2011, n. 14523, in *C.E.D.* n. 249937.

La medesima questione, sorta relativamente alla circostanza attenuante di cui all'art. 62 comma 1 n. 6 c.p., ha interessato la Corte Costituzionale⁵¹, la quale ha ritenuto che l'esegesi della norma non escluda l'applicabilità dell'attenuate, nell'ipotesi in cui il risarcimento venga effettuato dall'ente assicuratore, in forza del contratto di assicurazione contro la responsabilità civile verso terzi. Infatti, l'istituto dell'assicurazione obbligatoria (nel caso specifico quello della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti) svolge, nel nostro ordinamento, una insostituibile funzione riequilibratrice, in attuazione degli imperativi contenuti nell'art. 3 Cost. Pertanto, facendo leva sul carattere obbligatorio dell'assicurazione, la Consulta conclude nel ritenere che l'interpretazione della norma impugnata (art. 62 n. 6 c.p.), non contraddetta dalla interpretazione testuale, debba essere nel senso di ritenere operante l'attenuante del risarcimento del danno anche quando l'intervento risarcitorio, comunque riferibile all'imputato, sia compiuto, prima del giudizio dall'ente assicuratore.

Nel seguire la linea interpretativa indicata dalla Consulta, la giurisprudenza di legittimità – relativamente alla sola ipotesi di cui all'art. 35 d.lgs. 274/2000 – è concorde nel ritenere che non può non riconoscersi che l'assicurazione, in determinati casi, abbia il carattere dell'obbligatorietà e, pertanto, sarebbe «insensato pretendere che una persona proceda ad un risarcimento personale, in presenza di un contratto di assicurazione, sulla base del quale sia avvenuto un risarcimento integrale»⁵². Si potrebbe, infatti, ritenere che già l'aver predisposto un'assicurazione rechi in sé una volontà risarcitoria dell'agente.

Il risarcimento ad opera della compagnia assicuratrice, per assurgere a causa estintiva del reato, deve essere adempiuto entro i termini previsti dalla norma e deve, altresì, essere conforme alle caratteristiche tipiche previste per la singola fattispecie riparativa⁵³.

Va però rilevato che non può costituire fatto idoneo a determinare l'applicazione della speciale causa di estinzione del reato, il risarcimento corrisposto dalla compagnia assicuratrice del proprietario del veicolo, qualora questi sia estraneo al processo. Infatti, il risarcimento deve provenire dalla compagnia assicuratrice intestata all'imputato, poiché quest'ultimo deve dimostrare di essersi personalmente attivato affinché la persona offesa veda risarcito il pregiudizio subito⁵⁴.

⁵¹ Corte Cost. n. 138 del 1998, in *Dir. Pen. Proc.* 1998, p. 834.

⁵² Sul punto Cass. pen. sez. IV, 20 aprile 2010, n. 30908 e Cass. pen. sez. IV; 11 novembre 2010, n. 112, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it; Cass. pen. sez. IV, 24 settembre 2008, n. 41043, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it; Cass. pen. sez. IV, 18 febbraio 2010, n. 9194, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

⁵³ Sul punto Cass. pen. sez. IV, 20 aprile 2010, n. 30908 e Cass. pen. sez. IV; 11 novembre 2010, n. 112, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it; Cass. pen. sez. IV, 24 settembre 2008, n. 41043, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

⁵⁴ Cass. pen. sez. IV, 23 maggio 2014, n. 38957, in *C.E.D.* n. 262091.

Applicabilità della causa di estinzione in fase di indagine: è ammissibile una richiesta archiviazione per essersi il reato estinto per riparazione?

L'art. 35, nell'individuare quale termine perentorio quello dell'udienza di comparizione, non esclude che tale attività possa essere compiuta anche in fase di indagine, sollevando, così, non poche problematiche in relazione al coordinamento tra la causa estintiva e il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Ci si chiede quindi se l'attuale disciplina legittimi il pubblico ministero a formulare una richiesta di archiviazione nell'ipotesi di riparazione adempiuta in fase di indagine.

La problematica non sembra di agevole soluzione, in quanto, la lacuna legislativa e l'assenza di pronunce giurisprudenziali non consentono di muoversi lungo un percorso già solcato; la risposta al quesito, pertanto, può essere individuata all'interno delle disposizioni che disciplinano il principio costituzionale (art. 112 Cost.), la condotta riparatoria (art. 35 d.lgs. 274/2000), nonché la disciplina dell'archiviazione, nel ordinario e nella giurisdizione di pace (artt. 408 ss. c.p.p.; art. 17 del decreto legislativo 274 del 2000).

Nel seguire un prima linea interpretativa, si potrebbe analizzare in modo estensivo l'art. 17 d.lgs. 274/2000 e legittimare il pubblico ministero a formulare una richiesta di archiviazione per intervenuta riparazione, derogando, implicitamente al principio di cui all'art. 112 Cost.; infatti, sul punto mancano esprese previsioni che facciano presupporre l'inapplicabilità della deroga⁵⁵. Il supporto logico di tale tesi è ancorato alla *ratio* deflattiva dell'istituto; sarebbe, infatti, illogico imporre al pubblico ministero di esercitare l'azione penale per un reato che, di fatto, si sarebbe estinto per riparazione. Tale soluzione potrebbe trovare conforto anche nell'art. 17 d.lgs. 274/2000 che espressamente richiama l'art. 411 c.p.p., nel quale si prevede tra le cause che legittimano una richiesta di archiviazione, anche l'ipotesi di estinzione del reato.

Il vaglio, circa l'idoneità o meno della riparazione, sarebbe demandato al giudice per le indagini preliminari, il quale, a prescindere dall'opposizione della persona offesa, sarebbe chiamato a bilanciare la condotta riparatoria con tutti i parametri indicati nell'art. 35.

⁵⁵ Favorevole a tale tesi interpretativa R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., p. 187; l'autore ritiene che il p.m. possa chiedere l'archiviazione se l'indagato abbia adempiuto alle condotte riparatorie. In tal caso alla persona offesa è fatta salva la facoltà di presentare opposizione *adducendo le ragioni che fanno ritenere l'istituto inapplicabile*. La decisione sull'eventuale estinzione del reato è rimessa, così, al giudice per le indagini preliminari che, se reputa la richiesta di archiviazione fondata, può procedere all'archiviazione. Pertanto, nonostante l'art. 35 prenda in esame la fase del giudizio non vi sono ragioni per escluderne una sua applicabilità in fase di indagine; sulla questione, in senso cfr. G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, in AA.VV. *Il giudice di pace - quaderni. Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, IPSOA, Milano 2003, p. 139; G. LUNGHINI, *La competenza penale del giudice di pace: l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in *Giudice di Pace*, 2001, p. 201; S. CORBETTA, *sub art. 35*, cit., p. 6929.

Questa tesi non sembra, però, condivisibile poiché la deroga ai principi costituzionali dovrebbe comunque avvenire all'interno di parametri normativi ben individuati.

La dichiarazione di estinzione del reato presuppone innanzitutto che vengano «sentite le parti e l'eventuale persona offesa». Già l'utilizzo della parola parte suggerisce una fase processuale distinta da quella delle indagini. La norma espressamente parla di imputato e non di «indagato», di sentenza dichiarativa di estinzione del reato e di sospensione del processo. La scelta terminologica sembra tutt'altro che casuale; sottintesa vi è una precisa volontà legislativa protesa ad individuare l'ambito processuale di applicazione dell'istituto: la condotta riparatoria va adempiuta prima dell'udienza di comparizione ed è in tale udienza che la riparazione viene valutata dal giudice.

Ma al di là del problema terminologico, difficilmente il giudice delle indagini preliminari potrà procedere all'audizione prevista dall'art. 35 comma 1, sia perché rientra tra le sue facoltà quella di pronunciare un decreto di archiviazione *de plano* (art. 409 comma 1 c.p.p.); sia perché l'eventuale udienza, in camera di consiglio, prevede la facoltà per il pubblico ministero e per le parti private di comparire, ma non un obbligo; quindi se nessuno compare il giudice è nell'impossibilità di sentire l'indagato, il pubblico ministero e la persona offesa. L'assenza di audizione comporta una estrema difficoltà nel valutare l'idoneità e la congruità della riparazione, nonché per verificare la permanenza o meno delle conseguenze del reato.

Va, inoltre, rilevato che la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato dovrebbe presupporre un vaglio sulla sussistenza delle cause di non punibilità, *ex art. 129 c.p.p.* e la sede per effettuare tale accertamento è quella dell'udienza di comparizione⁵⁶. Inoltre, la dichiarazione di estinzione, pronunciata in sentenza, permette alle parti di impugnare il provvedimento, facoltà che sarebbe, invece, limitata ai soli casi di cui all'art. 127 c.p.p. nell'ipotesi di ordinanza di archiviazione, ovvero preclusa nella ipotesi di decreto di archiviazione.

Tuttavia, un richiamo alla disciplina dell'archiviazione prevista dall'art. 17 del d.lgs. 274 del 2000 sembra doveroso.

La norma, che disciplina i casi di archiviazione nella giurisdizione di pace, fa espresso riferimento all'ipotesi di cui all'art. 34, sicché, quando il fatto commesso sia di particolare tenuità, il pubblico ministero può non esercitare l'azione penale. Tale disposto aggiunge espressamente una nuova ipotesi di archiviazione, allorquando l'illecito appaia «occasionale» ed «esiguo» rispetto all'interesse tutelato e il danno appaia «tenue»⁵⁷; purché non vi sia un interesse della persona

⁵⁶ A. NAPPI, *La procedura penale per il giudice di pace*, II edizione, Giuffrè, Milano 2004.

⁵⁷ Nelle ipotesi di tenuità del fatto, si tiene anche conto del pregiudizio che il processo può avere sulle esigenze di lavoro, di studio, di salute o di famiglia della persona sottoposta ad indagine. Il p.m., nel presentare una richiesta di archiviazione, deve anche valutare l'interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento; sulla questione E. MARZADURI, *Le*

offesa alla prosecuzione del processo. Sono, quindi, indicati i parametri entro i quali il pubblico ministero può derogare all'obbligo di esercizio dell'azione penale, seppure non mancano dei profili di criticità anche in tale previsione⁵⁸.

L'art. 17, se da un lato disciplina l'ipotesi di richiesta di archiviazione nei casi di particolare tenuità del fatto, serba il silenzio circa l'ipotesi in cui l'indagato abbia posto in essere le condotte riparatorie di cui all'art. 35. Tale silenzio normativo non consentirebbe una deroga al principio costituzionale di cui all'art. 112 Cost.

La questione si presta ad essere analizzata in un'ottica di proposte di riforma: si potrebbe, infatti, prospettare un intervento legislativo che estenda i casi di archiviazione disciplinati dall'art. 17, oltre che alle ipotesi di «tenuità del fatto», anche a quelle di «estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie». Si potrebbe, anche, prevedere una «sollecitazione» da parte del pubblico ministero all'indagato, affinché quest'ultimo valuti, prima dell'esercizio dell'azione penale, se adempiere o meno ad una condotta riparatoria, la quale sarebbe prodromica ad una richiesta di archiviazione.

Condotta riparatoria e modifica dell'imputazione

La problematica relativa alla possibilità, per l'imputato, di una remissione in termini per adempiere alle condotte riparatorie, nell'ipotesi di nuove contestazioni è stata oggetto di una pronuncia della Corte Costituzionale, che, nella sentenza n. 206 del 2011, ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità del combinato disposto dagli artt. 516 e 517 c.p.p. e 35 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274⁵⁹. La questione, di evidente interesse, merita un approfondimento, in quanto, la pronuncia riapre il dibattito già affrontato dal Giudice delle leggi in relazione ai riti speciali ove, ad un orientamento iniziale⁶⁰, che

disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, in G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, p. 1097. Tuttavia è estremamente difficile conoscere la volontà della persona offesa, salvo che questa non abbia manifestato il proprio interesse alla prosecuzione del procedimento, infatti nella fase di indagine manca uno spazio processuale idoneo ad instaurare un contraddittorio; G. AMATO, *Così il ravvedimento operoso estingue il reato*, in *Guida al dir.*, 38/2000, p. 124.

⁵⁸ Per un'analisi critica della norma E. MARZADURI, *Le disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace*, cit., p. 1097; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., p. 169; A. BUCCI - A. ARIOLLI, *Manuale pratico del Giudice di pace nel processo penale*, Cedam, Padova 2002, p. 155; S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Jovene, Napoli 2004, p. 170; C. CESARI, *Le clause di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino 2005, p. 318.

⁵⁹ Corte Cost. sent. n. 206 del 13 luglio 2011, in *Giur. cost.*, 4/2011, pp. 2725 ss.

⁶⁰ Corte Cost., 1 aprile 1993, n. 129, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, p. 226, con nota di L. CREMONESI, *Compatibilità tra le contestazioni suppletive dopo l'apertura del dibattimento e l'adozione dei riti speciali*; Corte Cost., 8 luglio 1992, n. 316, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2623, con nota di C. CONTI, *Nuove contestazioni dibattimentali e preclusione al rito abbreviato*.

escludeva – nelle ipotesi di nuove contestazioni – l'ammissibilità ai riti semplificati, stante il limite temporale invalicabile di cui agli artt. 438 co. 2, 446 co. 1 c.p.p., nonché nelle ipotesi di cui 162 co. 1 e 162-bis co. 1 c.p.; si frapponeva un orientamento di totale apertura che ripristinava le facoltà riconosciute alle parti private⁶¹.

Nella pronuncia di nostro interesse, diverse appaiono le ragioni che portano la Corte a dichiarare l'inammissibilità della questione: *in primis* si valuta la natura dell'art. 35 e lo si ritiene non assimilabile ai «riti speciali», quanto piuttosto ad una «fattispecie estintiva complessa», pertanto non assoggettabile all'orientamento additivo suddetto. In seconda battuta, si considera che le condotte riparatorie non siano strettamente collegate all'imputazione, come nell'ipotesi di patteggiamento o oblazione; sicché, una nuova contestazione «tardiva», non pregiudicherebbe il diritto di difesa, potendo l'imputato adempiere tali condotte anche prima della formulazione dell'imputazione. Ulteriore motivo di inammissibilità è dato dal limite temporale, ritenuto invalicabile.

Sulla base di tali premesse, bisogna analizzare quali conseguenze scaturiscono in relazione agli artt. 3 e 24 Cost.

È noto che il procedimento disciplinato dall'art. 35 non sia un rito speciale attivabile con una richiesta dell'imputato e, seppure appare aperta la questione circa la sua natura (causa di estinzione del reato ovvero causa di non punibilità), il Giudice delle Leggi ritiene che tale norma disciplini una fattispecie estintiva complessa.

Invero, a ben vedere, l'istituto sembrerebbe spingersi ben oltre il mero epilogo estintivo; infatti, il legislatore, disciplinando la norma nel Capo V, sotto l'eloquente nomenclatura «Definizioni Alternative del Procedimento», lascia trasparire la *ratio essendi* dell'istituto. Questa, squisitamente premiale e deflattiva, permette all'imputato di effettuare delle scelte – anche difensive – e di percorrere una strada «alternativa» rispetto al processo e alla pena⁶².

Sulla questione diviene necessario un richiamo alla sentenza della Consulta n. 530 del 1995 con la quale si analizza la problematica relativa alla remissione in termini, per accedere all'istituto dell'oblazione (anch'esso rubricato tra le cause di estinzione del reato), nelle ipotesi di nuove contestazioni. In tale sentenza, il

⁶¹ Corte Cost., 22 giugno 1994, n. 265, in *Giust. pen.*, 1995, p. 2; Corte Cost. sent. 15 dicembre 1995, n. 530, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 4415, con nota adesiva di V. PINI, *Modifica dell'imputazione e diritto dei riti speciali*. Sul punto di veda anche Cass. pen. sez. III, 5 maggio 2004, n. 35113, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3038, con nota di SERVI, *Mutamento del titolo del reato, diritto all'ablazione ed escamotage procedurali*. Infine si veda, per l'ammissibilità al giudizio abbreviato, Corte Cost. sent. 14 dicembre 2009, n. 333, in www.giurcost.org.

⁶² S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Cedam, Padova 2001, pp. 505 ss.; nonché O. MURRO, *Compatibilità tra le nuove contestazioni dibattimentali e il diritto all'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Giur. Cost.*, 4/2011.

Giudice delle leggi, seppure ritiene che l'oblazione non sia un rito speciale, lo assimila a questi, allo scopo di consentire la restituzione in termini nelle ipotesi *ex* artt. 516 e 517 c.p.p.⁶³. Non si può escludere che le condotte riparatorie presentino delle forti analogie – sul piano degli effetti e degli interessi – con l'oblazione⁶⁴; pertanto, anche se il *nomen iuris* dell'istituto *ex* art. 35 non è quello di «rito speciale», bensì di rito alternativo, questo può essere considerato come una «modalità di esercizio del diritto di difesa» che rientra tra i diritti soggettivi dell'imputato che, attraverso la riparazione, si sottrae «al rischio di più gravi sanzioni»⁶⁵.

L'*impasse* da superare non sembra essere la natura dei procedimenti deflativi (riti speciali ovvero alternativi), quanto l'esigenza di evitare che la modifica dell'imputazione si risolva in un pregiudizio per il diritto di difesa dell'imputato⁶⁶.

Per quanto concerne il secondo aspetto – lumeggiato dalla Consulta (sent. n. 206 del 2011) – ostativo alla remissione in termini, questo attiene alla relazione tra l'art. 35 e l'imputazione: si ritiene, infatti, che sussista un legame «indissolubile» soltanto tra l'imputazione e l'istanza di patteggiamento; mentre le condotte riparatorie non sembrano essere condizionate dalla fattispecie di reato contestata nell'azione penale. Quindi, l'adempimento della riparazione prescinderebbe dall'imputazione e diverrebbe, così, irrilevante una sua modifica.

Anche tale argomentazione non appare scevra da censure, in quanto, proprio il secondo comma della norma in esame sembrerebbe imporre una proporzione tra le condotte riparatorie e l'illecito commesso. Infatti, il dettato normativo presuppone una stretta connessione tra riparazione e imputazione, in quanto, per rimuovere le conseguenze dell'illecito e per soddisfare il parametro della «idoneità» a soddisfare le esigenze di prevenzione e riprovazione nel reato, quest'ultimo deve essere necessariamente individuato e specificato.

⁶³ In Corte Cost. sent. 15 dicembre 1995, n. 530 in *Giur. Cost.*, 1995, p. 4421, con nota di V. PINI, *Modifica dell'imputazione*, cit. In sentenza si legge che l'oblazione, infatti, «si fonda sull'interesse dello Stato di economia di tempo e spese per i procedimenti [...] e sull'interesse del contravventore di evitare [...] la condanna. Inoltre l'effetto tipico di tale forma di definizione anticipata del procedimento è l'estinzione del reato e (pertanto) appare del tutto evidente come la domanda di ammissione all'oblazione esprima una modalità di esercizio del diritto di difesa».

⁶⁴ S. BONINI, *Modifiche delle contestazioni e tempestività dell'istanza di oblazione*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 677.

⁶⁵ Così Corte Cost. sent. 23 maggio 1990, n. 277 ove si legge espressamente che il diritto ai riti speciali è un «vero e proprio diritto soggettivo» in www.giurcost.org; per un excursus delle sentenze costituzionali sul tema della modifica dell'imputazione e i riti speciali V. PINI, *Modifica dell'imputazione e diritto ai riti speciali*, cit., p. 4421.

⁶⁶ L'orientamento costituzionale più recente sembra fornire una corretta interpretazione degli artt. 438, 444 c.p.p. e 162, 162-bis c.p., consentendo un'elasticità del limite temporale previsto ed esaltando la relazione tra la facoltà dell'imputato di fruire di alcuni vantaggi processuali – anche nelle ipotesi di nuove contestazioni – e gli artt. 3 e 24 Cost. Per un'analisi di tale orientamento si veda Corte Cost. sent. n. 246 del 1994, n. 530 del 1995 e n. 333 del 2009, cit., *supra* nota 64.

La riparazione è, come già detto, proporzionata al fatto e al grado di colpa; pertanto la corretta qualificazione giuridica dell'illecito consente all'imputato di calibrare la sua condotta *post factum*.

Relativamente all'ultimo ostacolo – individuato dal Giudice delle Leggi – ossia quello connesso al superamento del termine perentorio, si segnala l'orientamento costituzionale che, affrontando la medesima questione relativa al patteggiamento, all'oblazione e al rito abbreviato, ha dato un'interpretazione più ampia del termine preclusivo previsto dagli artt. 438, 446 c.p.p. e 162, 162-*bis* c.p.; con lo scopo di evitare che le nuove contestazioni potessero originare situazioni di disparità tra l'imputato che vede esattamente e correttamente contestato il reato fin dalla richiesta di rinvio a giudizio e colui che, invece, a fronte di una diversa qualificazione giudica del fatto, vede precluso l'accesso ai riti speciali⁶⁷.

Va rilevato che le decisioni dell'imputato, in ordine alla convenienza dei riti alternativi o di altre opzioni premiali, dipendono proprio dalla corretta individuazione dell'illecito contestato; sicché la libera scelta difensiva risulterebbe, nelle ipotesi di nuove contestazioni, «sviata da aspetti di anomalia caratterizzanti la condotta processuale del pubblico ministero, collegati all'erroneità o incompletezza dell'imputazione»⁶⁸.

La decisione della Consulta, invero, apre diversi interrogativi: *in primis*, l'imputato che subisce la contestazione suppletiva si verrebbe a trovare in una situazione diversa rispetto a colui che, della stessa imputazione, sia chiamato a rispondere fin dall'atto introduttivo del giudizio. Evidente è la disparità di trattamento anche tra imputati che possono recuperare i vantaggi connessi ad alcuni riti speciali – quali il patteggiamento, l'oblazione e il rito abbreviato – ed altri ai quali viene precluso l'accesso ad una procedura che non è speciale, ma comunque alternativa e vantaggiosa. La disparità di trattamento è ancor più grave se si considera che la preclusione avviene soltanto per i reati di competenza del giudice di pace, ossia per quegli illeciti che hanno un impatto sociale sicuramente meno disdicevole di quelli per i quali si può essere “rimessi in termini” per richiedere i riti ex artt. 438 e 444 c.p.p.

I poteri impugnatori della parte civile

Meritano di essere analizzati i poteri impugnatori riservati alla parte civile. Infatti, se appare pacifico che questa possa impugnare la sentenza di estinzione qualora, comparsa in udienza, non sia stata sentita; ovvero qualora non siano stati rispettati, dall'imputato, i termini perentori indicati dal comma 1 dell'art.

⁶⁷ Sul punto la Corte ritiene «lesivo del diritto di difesa precludere all'imputato l'accesso ai riti speciali»; Corte. Cost. sent. n. 218 e n. 148 del 2004, in www.giurcost.org.

⁶⁸ Qualora si verifichi una evenienza patologica del procedimento, come quella derivante da un'erronea individuazione del fatto e del titolo di reato, l'imputazione subisce una variazione sostanziale; in Corte Cost. sent. n. 333 del 2009. Conformi a tale orientamento anche Corte Cost. sent. n. 246 del 1994, n. 530 del 1995, cit., *supra* nota 64.

35, più complessa è la questione relativa al potere di impugnare gli effetti penali e civili di tale sentenza.

Il principio generale è che la parte civile possa impugnare la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio di primo grado, non solo per gli effetti civili, ma anche per quelli penali, qualora la persona offesa abbia chiesto la citazione a giudizio dell'imputato ai sensi dell'art. 21 d.lgs. n. 274/2000⁶⁹.

Relativamente ai poteri impugnatori della sentenza in esame, la questione appare più ampia e controversa; in quanto si discute sull'ampiezza dei poteri riservati alla parte civile, infatti, seppure la pronuncia di estinzione del reato sia meramente processuale, nell'ipotesi di cui all'art. 35 si coinvolgono necessariamente gli effetti civili e quelli penali. Sulla scorta di ciò la giurisprudenza si è aperta a diverse soluzioni e il contrasto è culminato in una recente sentenza a Sezioni Unite⁷⁰. L'importanza della problematica merita, pertanto, una breve analisi dei precedenti giurisprudenziali, nonché della decisione sul Supremo Consesso.

Inizialmente, infatti, la giurisprudenza si era espressa legittimando la parte civile ad impugnare la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato conseguente a riparazione, atteso che detta pronuncia contiene valutazioni incidenti nel merito della pretesa civilistica e potenzialmente pregiudizievoli per gli interessi della persona offesa⁷¹. Oltre a legittimare l'impugnazione per gli effetti civili, un successivo intervento dei giudici di legittimità, ha ampliato il potere impugnatorio della parte eventuale, prevedendo un'impugnazione ammissibile anche agli effetti penali, in quanto questi sono coinvolti (in un unico effetto) «con quelli civili, non essendo consentito dalla legge al giudice di scindere i due effetti»⁷².

⁶⁹ Sulla specifica questione si rimanda a Cass. pen. sez. V, 18 novembre 2004, n. 3997, in *C.E.D.* n. 230684; Cass. pen. sez. V, 25 marzo 2005, n. 23662, in *C.E.D.* n. 231900; Cass. pen. sez. V, 26 aprile 2005, n. 36639, in *C.E.D.* n. 232337; Cass. pen. sez. IV, 14 febbraio 2007, n. 15223, in *C.E.D.* n. 236169.

⁷⁰ Cass. pen. sez. un., 23 aprile 2015, n. 33864, in *C.E.D.* n. 264238; nonché, per una analisi dell'ordinanza di remissione del 18 novembre 2014 n. 3432, si rinvia a www.dirittopenale-contemporaneo.it

⁷¹ Cass. pen. sez. IV, 14 maggio 2008, n. 23527, in *C.E.D.* n. 240939.

⁷² Sul punto Cass. pen. sez. V, 23 settembre 2010, n. 40876, in *C.E.D.* n. 248657 ove si argomenta sull'ammissibilità, in tale caso, di una impugnazione sia per gli effetti civili che per quelli penali, in quanto la legge pone due condizioni procedurali: che siano sentite le parti e l'eventuale persona offesa e che l'attività risarcitoria o riparatoria dell'imputato sia stata compiuta prima dell'udienza di comparizione. Solo in via sussidiaria, se l'imputato comparso dimostri di non aver potuto svolgere l'attività riparatoria o risarcitoria prima dell'udienza e richieda di farlo, il comma 3 autorizza il giudice di pace a sospendere l'udienza, ponendo specifiche prescrizioni e termini. Se l'imputato adempie le prescrizioni nei termini, pronuncia la sentenza. Se non lo autorizza o se rileva le sue prescrizioni inadempite, dispone la prosecuzione del procedimento. In sintesi la legge non consente al giudice di scindere gli effetti civili da quelli penali, né all'uopo di far grazia dell'audizione preventiva della stessa persona offesa sia o non già costituita parte, men che di dar conto in sentenza del perché le

Frapposto a tale orientamento, si registra un'inversione di tendenza della Corte, culminata nella pronuncia restrittiva delle Sezioni Unite. Invero, il potere impugnatorio della parte civile viene gradualmente limitato: preliminarmente, si preclude il potere di proporre impugnazione agli affetti penali, in quanto tale impugnazione è ammissibile solo avverso la sentenza di proscioglimento e nei soli casi in cui la citazione a giudizio dell'imputato sia stata richiesta dalla persona offesa con ricorso immediato ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 274/2000⁷³.

Dopo tale prima limitazione, la Corte si avvia verso una preclusione anche per gli effetti civili⁷⁴. Il principio trova la sua *ratio essendi* nella valutazione dell'interesse ad impugnare: questo consiste nella discordanza tra la decisione impugnata e la pronuncia a cui si tende mediante il gravame, occorrendo che, l'eliminazione del provvedimento ritenuto pregiudizievole, comporti, per colui che impugna, una situazione più vantaggiosa rispetto a quella esistente. Nell'ipotesi di sentenza di estinzione per riparazione, la Corte ritiene che non sussista alcun effetto pregiudizievole nei confronti della parte civile; sicché nell'eventuale giudizio civile di danno, la parte non risente del pregiudizio dalla sentenza predetta.

Il dibattito sopra delineato è proseguito con altre pronunce, sempre limitative dei poteri impugnatori della parte civile⁷⁵, nelle quali si è rilevato che il limite di impugnazione – posto alla parte eventuale – non produce alcun effetto pregiudizievole proprio perché nella sentenza in esame si valuta la congruità dell'offerta ai soli fini dell'estinzione del reato, senza alcuna statuizione sulla responsabilità penale, né sull'esistenza o sul valore del danno civile.

L'ampio contrasto sul tema, nonché la diametricale diversità tra gli orientamenti esistenti, hanno determinato un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, le quali, nel propendere per l'orientamento restrittivo, hanno escluso l'impugnazione della parte civile sia agli affetti penali che a quelli civili⁷⁶. La Suprema Corte sottolinea il distinguo tra la sentenza di proscioglimento nel merito e quella di proscioglimento di natura processuale. La prima, giudicando sulla responsabilità penale, contiene un espresso rigetto della domanda civile ed ha effetti pregiudizievoli sulla richiesta di risarcimento; in tale caso sussiste un interesse della parte civile ad impugnare. Nel caso di sentenza di proscioglimento di natura processuale (come quella in esame), il provvedimento rimane

sue obiezioni siano irrilevanti, già per porre delle prescrizioni all'imputato che, spiegando perché non abbia potuto compiere le attività riparatorie prima del giudizio, chieda in udienza di farlo.

⁷³ Cass. pen. sez. V, 7 novembre 2013, n. 50578 in *C.E.D.* n. 257841; Cass. pen. sez. V, 26 giugno 2014, n. 30535, in *C.E.D.* n. 260036.

⁷⁴ Cass. pen. sez. V, 26 giugno 2014, n. 30535, cit.

⁷⁵ Cass. pen. sez. V, 25 settembre 2014, n. 2656, in *C.E.D.* n. 48706; Cass. pen. sez. IV, 15 gennaio 2015, n. 75, cit.

⁷⁶ Cass. pen. sez. un., 23 aprile 2015, n. 33864, in *C.E.D.* n. 264238; nonché, per una analisi dell'ordinanza di remissione del 18 novembre 2014 n. 3432, si rinvia a www.dirittopenale-contemporaneo.it

privo di efficacia preclusiva in sede civile in ordine al richiesto risarcimento, salvo la presenza, nel corpo della sentenza, di un capo civile da impugnare. La norma, infatti, nel prevedere un potere di scavalco da parte del giudice della volontà punitiva del querelante/ricorrente, nonché nel privare la condotta riparatoria del requisito della integralità, lascia intendere che l'istituto sia stato strutturato per porre in relazione l'attività riparatoria con la gravità del fatto (e non con le esigenze risarcitorie della vittima), in modo da soddisfare gli obiettivi di rieducazione, prevenzione generale e speciale a cui tende il sistema penale. Pertanto, la valutazione del danno, prosegue il Supremo Consesso, può essere correttamente devoluta al giudice civile, essendo «impregiudicata la possibilità di un nuovo e completo accertamento (in sede civile) circa l'esistenza e l'entità del danno».

Una nuova ipotesi di riparazione: verso l'art. 162-ter c.p.?

La causa di estinzione del reato conseguente a riparazione rientra nella proposta di articolato nota come al d.d.l. governativo Orlando⁷⁷. Il progetto di riforma propone una vasta gamma di modifiche sia di diritto sostanziale, sia procedurale (riforma della prescrizione, modifica dell'udienza preliminare, del patteggiamento, delle impugnazioni ed altro ancora) e, nello specifico, l'art. 1 prevede l'introduzione dell'art. 162-ter c.p., che recita: «nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato».

La finalità della proposta è resa nota fin dalle prime battute della relazione di accompagnamento⁷⁸: recuperare i tempi ragionevoli del processo penale, nel rispetto del giusto processo, ma senza determinare la dispersione di alcuna garanzia. L'introduzione della relazione lascia intuire quale sia l'essenza della condotta riparatoria che ci accingiamo ad analizzare⁷⁹: la norma, oltre ad avere una *ratio* rieducativa, ha un'ispirazione squisitamente deflattiva ed è finalizzata ad introdurre una nuova opzione premiale per l'imputato.

⁷⁷ O. MURRO, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato: verso l'introduzione dell'art. 162-ter c.p.*, in A. MARANDOLA - K. LA REGINA - R. APRATI (a cura di), *Verso un processo penale accelerato*, cit., p. 3.

⁷⁸ In Atti Parlamentari - Disegni di legge e relazioni al d.d.l. n. 2798 del 23 dicembre 2014, in www.camera.it.

⁷⁹ Il progetto di legge trae spunto dai lavori svolti dalla Commissione ministeriale per la riforma del processo penale, istituita nel giugno 2013 (c.d. Commissione Canzio); nonché dalla Commissione di studio per la revisione del sistema penale, istituita nell'ottobre 2012 (c.d. Commissione Fiorella); infine, anche la c.d. Commissione Riccio, del luglio 2006, è stata di supporto all'articolato in esame.

La struttura dell'art. 162-ter c.p. richiama l'art. 35 del d.lgs. n. 274/2000, seppure con i dovuti distinguui.

Nel partire dall'ambito di applicazione, si riscontra una scelta del legislatore di non voler prevedere una causa di estinzione speciale, bensì un istituto generale, idoneo ad essere esteso ad un numero indeterminato di reati e, nello specifico, tutti quelli procedibili a querela soggetta a remissione. Tale scelta appare strettamente connessa alla volontà di introdurre, oltre alla messa alla prova per l'imputato adulto, anche altri strumenti deflattivi e rieducativi, ad ampia portata, che possano porsi come valide alternative al processo penale.

Relativamente all'ambito di applicazione si segnala una prima criticità: l'originario testo prevedeva, attraverso l'introduzione dell'art. 649-bis c.p., l'estensione del beneficio in esame anche ad alcuni reati contro il patrimonio procedibili d'ufficio, quali quelli rubricati dagli artt. 624 c.p., nei casi aggravati dal primo comma dell'art. 625 c.p. ai numeri 2,4,6,8-bis; nonché ai delitti di cui agli artt. 636 e 638 c.p. Nel corso dei lavori parlamentari l'art. 649-bis è stato soppresso, limitando così l'ambito di applicabilità ai soli reati procedibili a querela soggetta a remissione.

Seppure la previsione del beneficio estintivo limitato solo ad alcuni delitti contro il patrimonio e procedibili d'ufficio lasciava perplessi⁸⁰, non si può ignorare che tale tipologia di illeciti appare particolarmente adeguata all'istituto in esame. Questo specifico aspetto era stato già affrontato da precedenti lavori parlamentari (non coronati da successo) quale la proposta di articolato sulla revisione del sistema penale, c.d. Commissione Fiorella del 23 aprile 2013, che prevedeva, attraverso l'introduzione dell'art. 649-bis c.p. di estendere la causa di estinzione del reato per riparazione a tutti i delitti contro il patrimonio procedibili d'ufficio, fatta eccezione delle ipotesi più gravi disciplinate dagli artt. 628, 629, 630, 644, 648-bis, 648-ter, nonché nei casi di delitti contro il patrimonio commessi con violenza sulle persone. Tale soluzione appare la più pregevole, in quanto comporterebbe una effettiva deflazione e un ricorso ampio all'istituto estintivo, anche in relazione a reati, meno gravi, perseguibili d'ufficio.

Un ripensamento circa l'ambito di applicazione, con un'estensione dell'istituto anche ad alcuni delitti contro il patrimonio e procedibili d'ufficio, sembrerebbe auspicabile (si pensi, ad esempio, alle ipotesi aggravate dei delitti di cui agli artt. 622, 623, 634, 635, 636, 638, 639 c.p.).

Nel passare rapidamente in rassegna gli aspetti generali dell'istituto, si rileva che tra i presupposti applicativi, la norma prevede anche che, prima della dichiarazione di estinzione, siano sentite dal giudice le parti, nonché la persona offesa. L'assonanza con l'art. 35 del d.lgs. n. 274/2000 appare forte. Tuttavia,

⁸⁰ La previsione di cui all'art. 649-bis, così come strutturata, andava a determinare una disparità di trattamento tra imputati di reati che prevedono un medesimo trattamento sanzionatorio: si pensi ad esempio all'applicabilità della causa estintiva al delitto di furto, ma non alle ipotesi di usurpazione, deviazione di acque, invasione di terreni aggravate dall'art. 639-bis c.p.

l'audizione della persona offesa non è finalizzata a verificare la sussistenza del consenso, in quanto la norma non conferisce alla vittima alcun potere di veto. Tale conclusione, si sostanzia analizzando anche le diverse proposte emendative sullo specifico punto; infatti, nei lavori, si era tentato di subordinare l'operatività della causa di estinzione al consenso dell'offeso, prevedendo altresì un suo diritto di preclusione all'applicazione dell'istituto. La previsione avrebbe creato non poche problematiche applicative, soprattutto in ragione di un singolare potere di veto, conferito alla vittima, che poteva precludere l'accesso al beneficio, nonostante l'imputato avesse rispettato quanto prescritto dalla norma⁸¹.

La scelta di non approvare il suddetto emendamento lascia trasparire la volontà di prevedere, in capo al giudice, un vero e proprio potere di «scavalco della volontà punitiva dell'offeso», in modo da svincolare l'estinzione del reato dalla volontà della vittima.

Si può quindi concludere che, l'eventuale dissenso della persona offesa non abbia efficacia preclusiva alla declaratoria di estinzione del reato e l'assenza di un suo potere di veto tutela l'imputato da «un'indebita volontà punitiva del querelante, nei confronti del quale siano state efficacemente poste in essere le condotte riparatorie»⁸². La persona offesa ha il diritto di interloquire, ma non un dovere; di conseguenza se vuole essere sentita, deve comparire. Ci si chiede se la mancata audizione della persona offesa, presente in udienza, possa costituire motivo di impugnazione, alla stregua di quanto è espressamente previsto nella disciplina della messa alla prova per adulti (art. 464-*quater* comma 7 c.p.p.).

Per quanto concerne il termine per adempiere la condotta riparatoria, questo, nel caso di specie, è rappresentato dalla «dichiarazione di apertura del dibattimento» di primo grado, termine che dovrebbe essere considerato come perentorio. La previsione del termine è, però, lacunosa in quanto nulla si dispone nell'ipotesi in cui sia stato emesso un decreto penale di condanna, ovvero nei casi di giudizio immediato; si apre, quindi, la questione circa la possibilità di ricorrere all'istituto della riparazione estintiva con l'atto di opposizione, ovvero nelle forme e nei termini di cui all'art. 458 co. 1 c.p.p.

Emblematica è la previsione di cui all'art. 162-*ter* comma 2 c.p., ove si prevede che qualora il giudice consenta una sospensione del processo con proroga dei tempi di adempimento della riparazione, possa imporre, se necessario, «specifiche prescrizioni». La disposizione sembra richiamare sia l'art. 28 comma 2 d.P.R. 448/88, sia l'art. 35 comma 3 d.lgs. 274/2000, sia l'art. 464-*bis* comma 5 c.p.p. Va rilevato, però, che l'art. 162-*ter* c.p. non specifica in che cosa si debbano estrinsecare le prescrizioni imposte dal giudice e il *vulnus* impone qual-

⁸¹ Per ragioni di completezza si segnala che l'emendamento in questione, se da un lato conferiva alla vittima un potere di veto, dall'altra inibiva tale diritto prevedendo che qualora il giudice avesse riconosciuto la congruità dell'offerta, questi poteva procedere con la dichiarazione di estinzione.

⁸² Si veda anche la Relazione governativa al d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, cit., p. 37.

che breve riflessione; si ritiene, infatti, che le specifiche prescrizioni, seppure non indicate, debbano incontrare il limite di cui al primo comma e, pertanto, debbano essere finalizzate esclusivamente alla riparazione. L'imposizione di altre prescrizioni snaturerebbe l'istituto, trasformandolo in una forma ibrida di messa alla prova.

Per quanto concerne il contenuto della condotta, questo riprende parzialmente l'art. 35 d.lgs. n. 274/2000, in quanto si prevede una riparazione del danno mediante «restituzioni, risarcimento ed eliminazione delle conseguenze dannose». Elemento distintivo tra le due ipotesi è la previsione – nell'art. 162-ter c.p. – della integralità della riparazione. Tale requisito apre un interrogativo: la riparazione deve essere integrale in considerazione del grado di colpa, ovvero del danno civile?

Abbiamo ampiamente analizzato come nelle ipotesi di estinzione del reato, di cui all'art. 35, la giurisprudenza propende per una riparazione proporzionata rispetto al grado di colpa; facendo, tuttavia, salvi i diritti della persona offesa ad agire nel giudizio civile, al fine di valutare l'esistenza e l'entità del danno. La proposta normativa in esame potrebbe, pertanto, essere interpretata in tal senso; ossia prevedere una condotta riparatoria integrale rispetto al grado di colpa, facendo salva la possibilità per la vittima di agire nel giudizio civile. Un'interpretazione diversa, ovvero intesa in termini di integralità rispetto al danno, apre non poche problematiche relative alla necessità di quantificare interamente il danno civile nel giudizio penale; nonché di non aver previsto una preclusione per la vittima, integralmente risarcita, ad agire nell'eventuale giudizio civile.

A differenza di quanto accaduto con l'introduzione dell'istituto della messa alla prova per l'imputato adulto, l'art. 2 del suddetto disegno di legge prevede la disposizione transitoria che consente di applicare l'istituto premiale ai processi in corso: l'imputato nella prima udienza successiva all'entrata in vigore della legge, fatta eccezione per il giudizio di legittimità, può chiedere la fissazione di un termine, non superiore a sessanta giorni, per provvedere alla riparazione.

Primi rilievi critici e possibili prospettive

Oltre alle criticità già segnalate, in ordine al limitato ambito di applicazione ai soli reati perseguibili a querela, all'assenza della previsione di un termine (per adempiere la condotta) nelle ipotesi di decreto penale di condanna e di giudizio immediato, alle criticità connesse alla previsione dell'integralità della riparazione, nonché alla generica e non meglio precisata previsione di cui al comma 2 dell'art 162-ter c.p. (l'imposizione di "specifiche prescrizioni"), restano aperte anche altre questioni.

Invero, un aspetto problematico attiene alla rubricazione di tale istituto nel solo codice penale. Appare, invero, innegabile la sua natura alternativa e deflattiva, nonché il suo porsi come scelta difensiva dell'imputato; pertanto, seppure

l'istituto non sia attivabile su richiesta dell'interessato e non integri una vera e propria ipotesi di procedimento speciale, meriterebbe – in considerazione delle sue caratteristiche e dei suoi effetti – una disciplina tanto sostanziale quanto procedurale. Tale *vulnus* di tutela apre diversi interrogativi, che si aggiungono a quelli sopra segnalati.

Il primo attiene al fatto che la norma prevede una dichiarazione di estinzione del reato, senza un esplicito richiamo all'art. 129 c.p.p.⁸³. Il silenzio normativo apre la questione sulla necessità di una valutazione – seppur sommaria – sull'esistenza di una causa di proscioglimento. Nel ritenere necessaria – in una prospettiva *de iure condendo* – un'integrazione sul punto, appare utile richiamare quanto già esplicitato in relazione alla medesima lacuna in tema di condotte riparatorie di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 274/2000 (*supra*), ritenendo imprescindibile, anche nell'ipotesi in esame, una valutazione sui presupposti per l'applicazione del proscioglimento con le formule «il fatto non sussiste, non costituisce reato, non è previsto dalla legge come reato, l'imputato non l'ha commesso», ovvero per mancanza di una condizione di procedibilità.

Altra lacuna è data dall'assenza dei criteri di valutazione del giudice. Manca, infatti, il requisito, indicato dal comma 2 dell'art. 35 d.lgs. 274/2000, che indica, quale presupposto alla dichiarazione di estinzione, una valutazione sull'idoneità della condotta a soddisfare le esigenze di prevenzione e riprovazione nel reato. L'assenza di tali parametri, oltre a lasciare ampi margini di discrezionalità, impedisce di individuare una griglia all'interno della quale parametrare la condotta riparatoria. Altra problematica, connessa sempre all'assenza del parametro della idoneità, è data dal fatto che per i reati di competenza del giudice di pace il legislatore ha richiesto un *quid pluris* in termini di oneri per l'imputato, mentre nell'ipotesi dell'art. 162-ter c.p. (ossia per reati anche più gravi di quelli di competenza del giudice di pace) tale onere aggiuntivo non viene richiesto.

Non mancano criticità neanche nella previsione dell'audizione delle parti e della persona offesa, poiché la norma non specifica la modalità di ascolto (art. 162-ter comma 1 c.p.). Questo, infatti, sembrerebbe avvenire in maniera del tutto informale, non dovendo seguire le regole, per l'imputato, dell'esame ovvero delle spontanee dichiarazioni; né, per la persona offesa, dell'esame testimoniale. Viene da chiedersi se l'audizione possa avvenire a mezzo di difensore, il quale può interloquire sul risarcimento; ovvero, se l'imputato e la persona offesa debbano necessariamente essere ascoltati personalmente. In tal caso ci si chiede se pubblica accusa e difesa possano fare delle domande.

Manca, altresì, una previsione di incompatibilità del giudice nelle ipotesi in cui la condotta riparatoria non sia reputata sufficiente (idonea) a legittimare una dichiarazione di estinzione del reato. Infatti, l'audizione delle parti e, so-

⁸³ Il richiamo, ad esempio, è presente nell'ipotesi di valutazione ai fini dell'ammissibilità alla messa alla prova (art. 464-*quater* c.p.p.).

prattutto, della persona offesa, potrebbe aver influenzato l'imparzialità del giudice. Viepiù che, nel caso di specie, la condotta riparatoria deve essere integrale, pertanto il giudice deve effettuare una valutazione sul *quantum* oggetto di risarcimento e sul grado di colpa, nonché sull'effettivo danno. Tale valutazione sembra stridere con il principio di imparzialità e terzietà del giudice.

Con riguardo al presupposto della *integralità* si segnala un altro aspetto problematico. Infatti, appare complesso comprendere come possa il giudice effettuare tale valutazione senza prendere visione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero (con evidente incompatibilità nell'ipotesi di riparazione insufficiente o inidonea).

Inoltre, allorquando il giudice non ritenga di dover procedere con la sentenza di estinzione, poiché ritiene non congrua la riparazione, non si comprende se vi sia un «rigetto» di una richiesta né quale sia la forma di tale provvedimento (ordinanza ovvero decreto), né se questo debba avere dei requisiti motivazionali. Non è neanche previsto se, «fallita» la condotta riparatoria, l'imputato possa opzionare per gli altri riti premiali (patteggiamento, oblazione, messa alla prova, ecc.). Nello specifico, la problematica attiene alla coincidenza tra il termine finale per adempiere alla riparazione e quelli entro i quali possono essere richiesti gli altri riti premiali. Infatti, non è dato comprendere se l'intento del legislatore sia quello di prevedere alternative, ovvero incompatibilità, tra riti strettamente connessi a scelte dell'imputato.

Gli aspetti procedurali che sollevano criticità e dubbi attengono anche all'assenza di una disciplina in tema di acquisizione di prove durante il periodo di sospensione; infatti, nel caso in cui il processo venga sospeso per consentire la riparazione (sospensione che può durare fino sei mesi), l'art. 162-ter c.p. non disciplina alcuna ipotesi di acquisizione delle prove non rinviabili. Medesima lacuna era stata riscontrata nei lavori preparatori dell'istituto della messa alla prova per adulti, lacuna che, con la l. n. 67/2014, veniva colmata dall'introduzione dell'art. 464-sexies c.p.p. (acquisizione di prove durante la sospensione del procedimento con messa alla prova). Nell'ipotesi delineata dall'art. 162-ter c.p., la sospensione del processo è discretamente ampia, pertanto, non sembra che il legislatore possa esimersi dall'introdurre una disciplina per le prove non rinviabili.

In un quadro di riforma dell'istituto appare opportuno fare delle ultime considerazioni.

La proposta di articolato si sofferma sull'introduzione di una causa di estinzione del reato operabile prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, ma non nella fase di indagine, mancando un'espressa disposizione in tal senso; pertanto, qualche considerazione appare necessaria. L'ipotesi di una archiviazione che potremmo definire condizionata non è sconosciuta nel nostro ordinamento, essendo prevista nelle ipotesi di contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro (artt. 20 ss. del d.lgs. n. 758/94), ovvero in materia ambientale (artt. 381-bis ss. al d.lgs. n. 152/2006, recentemente introdotti del 22 maggio 2015, n. 68). Pertanto, in una prospettiva *de iure condendo*, si potrebbe

pensare ad una modifica dell'art. 411 c.p.p., integrandolo, oltre che con l'ipotesi di non punibilità per tenuità del fatto (d.lgs. n. 28 del 16 marzo 2015), anche con quella di estinzione del reato conseguente a riparazione. Pertanto, l'art. 411 c.p.p. potrebbe richiamare l'art. 162-ter c.p., permettendo una deroga al principio di obbligatorietà dell'azione penale, qualora l'indagato abbia risarcito il danno ed eliminato le conseguenze dannose e/o pericolose. Si potrebbe anche introdurre un obbligo di informativa (già introdotto per l'istituto della messa alla prova, ex art. 141-bis c.p.p.) e, in tal modo, il pubblico ministero informerebbe l'interessato della possibilità di avvalersi dell'ipotesi estintiva in esame.

Gli spunti di integrazione e le problematiche segnalate non rendono l'istituto meno appetibile, stante la sua auspicabile introduzione; ma quello che emerge è la necessità di un inquadramento tanto sostanziale quanto procedurale, coordinando altresì la norma con le ipotesi previgenti.

Problematiche di coordinamento

La proposta normativa è scevra di un coordinamento con le ipotesi già previste e la principale criticità attiene alla coesistenza con l'art. 35 d.lgs. n. 274/2000: ci si chiede, infatti, se nella giurisdizione di pace si potrà applicare l'art. 162-ter c.p. Le problematiche di coordinamento, tra le due ipotesi, attengono a questioni pratiche dovute ad una differenza di disciplina (diverso è il termine perentorio, diversi sono i parametri valutativi a causa della previsione della idoneità delle condotte nel solo art. 35).

Inoltre, coesisteranno nel codice penale, per i reati precedibili a querela, sia la causa di estinzione per riparazione generale (l'art. 162-ter) che la causa di estinzione per riparazione speciale (si pensi ad esempio all'art. 641 c.p.), con il reale problema dell'applicabilità della norma generale su quella speciale, senza tralasciare la problematica della diversità strutturale del meccanismo estintivo disciplinato dalla norma generale rispetto a quella speciale.

La soluzione auspicabile è che l'art. 162-ter c.p., oltre ai reati già indicati dal primo comma, si estenda anche ai reati di competenza del giudice di pace, determinando così l'abrogazione dell'art. 35 d.lgs. n. 274/2000. Inoltre, opportuno sarebbe un coordinamento con tutte le altre ipotesi speciali, in modo da conferire un'organicità alle plurime fattispecie, col fine di delineare un unico istituto riparatorio estintivo del reato.

Tra le problematiche in esame se ne riscontra un'altra di più ampio respiro, ossia connessa al coordinamento con gli altri istituti premiali. Si rileva, infatti, che sono state recentemente introdotte diverse ipotesi di non punibilità, che si aggiungono a quelle preesistenti: non punibilità per tenuità del fatto; messa alla prova per adulti; condotte riparatorie estintive del reato; oltre alle ipotesi preesistenti di oblazione (sia obbligatoria che facoltativa), patteggiamento, giudizio abbreviato. Nell'evitare il pericolo di impunità, un coordinamento tra le diverse ipotesi sembrerebbe auspicabile.

Conclusioni

La causa di estinzione esaminata risponde alla logica del superamento del modello processuale unico, rappresentando un modulo alternativo a quello ordinario, idoneo a deflazionare l'intera fase dibattimentale; infatti, risponde alla necessità di ridurre i tempi del processo attraverso comportamenti *post factum* dell'interessato, in linea con la recente tenenza culturale di delineare un diritto penale minimo, ma anche mite, poiché differenziato in ragione della gravità del fatto.

Tuttavia non mancano le criticità intrinseche all'istituto, *in primis*, quella connessa alla presenza di una disciplina disorganica, frammentaria e difforme, determinata dall'introduzione di distinte ipotesi di riparazione/estintiva del reato. Auspicabile sarebbe l'introduzione di un'unica norma che disciplini le diverse ipotesi suddette. Inoltre, altra criticità è determinata dall'assenza di un coordinamento tra le varie ipotesi e i distinti istituti premiali.

Oltre a tali criticità vi è poi quella concernete la "natura" di tale peculiare causa di estinzione.

I dubbi derivano dal *modus operandi* di tale istituto, che fa discendere l'esclusione della punibilità da un comportamento *post factum* dell'imputato, finalizzato alla riparazione. Di regola, invece, l'estinzione del reato è determinata da fattori che prescindono dalla volontà del soggetto e sopravvengono dopo la commissione del reato e prima dell'accertamento della responsabilità: estinzione per fatto naturale (morte dell'imputato, la prescrizione); per un atto di clemenza (l'amnistia). Fa eccezione l'ipotesi dell'oblazione che, alla stregua della causa di estinzione per riparazione, si struttura su un comportamento successivo dell'autore del fatto.

Diversamente, le cause sopravvenute di non punibilità presuppongono il ripristino dello *status quo ante*, nonché la rimozione degli effetti lesivi del reato. Nelle cause sopravvenute di non punibilità lo scopo è quello di attenuare, ovvero eliminare l'offesa⁸⁴ ed acquista rilievo il comportamento personale dell'agente, di regola posto in essere prima della sentenza, che si estrinseca in una condotta antagonista all'illecito e finalizzata a salvaguardare l'interesse protetto.

La causa di estinzione per riparazione potrebbe configurare una causa sopravvenuta di non punibilità, in considerazione delle caratteristiche intrinseche della condotta riparatoria: ossia un comportamento susseguente all'illecito, proteso a ristabilire l'ordine giuridico violato⁸⁵. Però manca una perfetta compatibilità tra l'istituto in esame e le cause sopravvenute di non punibilità, in quanto la condotta riparatoria non è un'obbligazione, ma si estrinseca in una libera e volontaria scelta dell'agente. La struttura "ibrida" della causa di estin-

⁸⁴ E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in *La legislazione premiale*, Giuffrè, Milano 1987, p. 128.

⁸⁵ N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative*, cit., p. 226.

zione per riparazione colloca l'istituto sulla linea di confine tra le due suddette ipotesi di non punibilità, ponendosi come "speciale" rispetto ad entrambe.

In conclusione, nello spostare la lente della nostra analisi dal diritto sostanziale a quello procedurale, si segnala la scelta fatta dal legislatore relativamente all'istituto della messa alla prova per adulti, al quale viene conferita una natura bivalente: sostanziale, perché rubricata come causa di estinzione del reato; processuale, perché inserita nel titolo VI del codice di rito, tra i procedimenti speciali.

Nell'estendere tali considerazioni all'istituto in esame, si predilige la collocazione normativa dell'art. 35 d.lgs. 274/2000 (definizioni alternative del procedimento) e, in una prospettiva *de iure condendo*, può essere funzionale la previsione di una disciplina sicuramente organica, ma anche bivalente e, pertanto, sia sostanziale, sia procedurale.

Abstract

The restitution can become an option in criminal cases and substitutes the trial and the penalty for the payment of damages.

This research analyses the current regulations of the restitution, having regard for the art. 35, d.lgs. 274/2000, that represents the norm to examine in a prospective de iure condendo. In fact, the last part of this work, analyses the Bill on this specifically kind of restitution (art. 1 d.d.l. A.C. 2798/2014).

Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento

Ugo Scuro

Introduzione

La fusione a seguito di acquisizione con indebitamento è un istituto di diritto privato introdotto nell'ordinamento dalla novella di diritto societario, entrata in vigore l'1 gennaio 2004.

La materia è regolata dall'art. 2501-*bis* c.c. e seguenti ed è caratterizzata dalla compravendita del controllo da una società ad un'altra e dall'indebitamento, garantito dal patrimonio sociale e dalla redditività della gestione, assunto dalla società acquirente. La provvista, così procacciata, costituisce il corrispettivo del controllo compravenduto.

In considerazione del puntuale regolamento normativo, che richiede ragioni giustificative dell'operazione, si può ritenere che la fusione in parola sia, di per sé, un tipo del genere più ampio disciplinato dall'art. 2501 c.c. e sia destinata, quanto prima e più esattamente, ad essere definita nella concretezza operativa dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Il modello è mutuato dall'esperienza anglosassone ed è generalmente noto come *leveraged buyout*: letteralmente, acquisto del controllo mediante ricorso alla leva finanziaria.

Il presente studio si propone di offrire un contributo al dibattito (in corso nei convegni, nella letteratura e nelle aule di tribunale) sul contratto a formazione progressiva, in genere e, in particolare, sulle caratteristiche del contratto in esame.

Il contratto a formazione progressiva

Il rapporto che si costituisce tra le parti in base ad un progetto, all'esito di trattative che consentono di verificare le utilità reciproche, che si attua con gradualità programmata, è un contratto a formazione progressiva¹.

¹ «Nei contratti a formazione progressiva, nei quali l'accordo delle parti su tutte le clausole si raggiunge gradatamente, il momento perfezionativo del negozio è, di regola, quello dell'accordo finale su tutti gli elementi, principali e accessori, salvo che le parti abbiano inteso vincolarsi negli accordi raggiunti sui singoli punti riservando la disciplina degli elementi secondari. Pertanto, l'impegno assunto in sede di trattativa negoziale di mantenere fermo per un certo periodo di tempo il prezzo offerto, non postula necessariamente l'intento di considerare tale impegno, anche se relativo ad un punto essenziale, quale proposta irrevocabile, ben potendo esso costituire soltanto un momento del processo formativo del contratto senza efficacia vincolante, ove l'accordo delle parti non sia stato raggiunto sulla totalità degli elementi costi-

I requisiti del rapporto sono costituiti da un progetto economico che richiede varie capacità, ciascuna delle quali viene conferita dalle parti, due o più di due, e dall'impegno sinergico profuso nel corso della graduale realizzazione del progetto.

La condivisione del progetto e l'impegno reciproco precontrattuale tra le parti sono condizioni caratteristiche del contratto a formazione progressiva. Le prestazioni conseguenti sono, pertanto, l'effetto del rapporto e non l'oggetto, costituito, invece, dalla concretizzazione del progetto.

Le patologie del rapporto non sono determinate tanto dallo squilibrio genetico delle prestazioni, affidate, per la natura del contratto, alla progressiva realizzazione del progetto, sensibile alle ragioni del mercato di riferimento, quanto dall'inadempimento delle parti, dalla crisi dell'attività per ragioni interne alla gestione e dalla risposta del mercato².

Le capacità conferite nel rapporto sono molto varie, potendo consistere in capacità tecniche, nel conferimento di beni o servizi, in rapporti economico-giuridici preesistenti, in attività esclusive³.

tutivi», Corte di Cassazione 7 gennaio 1993, n. 77, in *Giur. Italiana*, 1994, I, p. 110; nonché, successiva conforme, cfr. Corte di Cassazione 24 ottobre 2003, n. 16016: «In tema di contratti ed in ipotesi di contratti a formazione progressiva, nei quali l'accordo delle parti su tutte le clausole si raggiunge gradatamente, il momento di perfezionamento del negozio è di regola quello dell'accordo finale su tutti gli elementi principali ed accessori, salvo che le parti abbiano inteso vincolarsi negli accordi raggiunti sui singoli punti, riservando la disciplina degli elementi secondari. Ne consegue che l'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'art. 1326 cod. civ. – secondo cui un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta – ricorre anche quando le modifiche richieste in sede di accettazione siano di valore secondario», in *Archivio Civile*, 2004, pp. 915 ss.; sul punto è sopravvenuto anche l'insegnamento delle Sezioni Unite Civili: «In ipotesi di contratti a formazione progressiva, nei quali l'accordo delle parti su tutte le clausole si raggiunge gradatamente, il momento del perfezionamento del negozio è di regola quello dell'accordo finale su tutti gli elementi principali ed accessori, salvo che le parti abbiano inteso vincolarsi negli accordi raggiunti sui singoli punti, riservando la disciplina degli elementi secondari. Ne consegue che l'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'art. 1326 c.c. – secondo cui un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta – ricorre anche quando le modifiche richieste in sede di accettazione siano di valore secondario», Corte di Cassazione SS.UU. 12 gennaio 2007, n. 412, in *I Contratti*, 2007, X, p. 845.

² Il continuo evolversi delle circostanze, il grado e l'intensità di variabilità delle stesse, la presenza di evenienze imprevedibili, determinano spesso situazioni di incompatibilità tra l'economia dell'affare (inteso anche come sistema di distribuzione del rischio nell'ambito del rapporto) e l'adempimento del contratto. In alcuni di questi casi può sembrare pesante condannare in ogni caso una parte del contratto per un inadempimento non imputabile ad una sua colpa. Occorre allora accertare se queste circostanze costituiscano materia di un rischio o di un obbligo esplicitamente o implicitamente assunto da uno dei contraenti nella prestazione del punto di equilibrio tra i rispettivi interessi oppure se all'adempimento conseguano svantaggi per un contraente e profitti per l'altro che l'economia dell'affare non può giustificare, E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, Torino 1999.

³ Il contratto cosiddetto di *know-how*, che è «un contratto sinallagmatico atipico, è pienamente valido nel nostro ordinamento giuridico a norma dell'art. 1322 II comma c.c.,

Le trattative consentono di prospettare e valutare le capacità reciproche, allo scopo di esercitare le proiezioni d'uso di un pre-progetto.

La fattibilità è precedente: consente la visione di un rapporto utile al perseguimento dello scopo richiesto dalle prospettive di mercato. Non è immediata la distinzione tra fase precontrattuale e fase contrattuale, a differenza che nel rapporto istantaneo, caratterizzato dallo scambio contestuale delle prestazioni o delle obbligazioni.

Il termine della fase precontrattuale, nel rapporto istantaneo, coincide con la cessazione delle trattative, in un senso o nell'altro: verifica della insussistenza delle condizioni di contratto ovvero stipula ed esecuzione del contratto. Responsabilità contrattuale e responsabilità precontrattuale costituiscono il corollario delle due fasi.

Nell'ambito della fase precontrattuale, si possono realizzare, in effetti, varie fasi contrattuali, ciascuna delle quali è propedeutica alla successiva, costituendone la condizione.

Il progetto è sia programma sia trattativa tra le parti. Trattativa e contratto si intrecciano, pertanto, indissolubilmente. L'esigenza di distinguere tra trattativa e contratto e di qualificare il rapporto è fondamentale per valutare la responsabilità delle parti, ma soprattutto, nell'ambito di tale tipo contrattuale, l'effettiva sussistenza del rapporto conclusivo progettato e l'efficacia degli scambi conformemente intervenuti tra le parti. Costituiscono applicazioni del contratto in esame varie fattispecie ricorrenti nella pratica degli affari, tra cui il *project financing*, il patto di famiglia, il *trust*, il *franchising*.

Lo stesso concordato preventivo fallimentare è fattispecie del genere, come la Suprema Corte, esaminando gli elementi del negozio, tra cui la causa astratta e concreta, ha esattamente precisato nella nota sentenza a Sezioni Unite 23 gennaio 2013⁴, n. 1521.

consistendo nel trasferimento, nelle più diverse forme, delle conoscenze tecniche, da sole o in unione ad altre utilità, contro un determinato corrispettivo», cfr. Corte di Cassazione 20 gennaio 1992, n. 659 in *Ventiquattrore Avvocato Contratti*, 2007, II, 66, annotata da E. MARCHESI. In dottrina, «lo si può sicuramente considerare un contratto atipico in quanto supera il giudizio di meritevolezza imposto dall'art. 1322 c.c.», F. GALGANO, in *I contratti di know-how, I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 1129 ss. Il *know-how* è stato definito come un «insieme non divulgato delle informazioni tecniche brevettabili o no che sono necessarie alla riproduzione industriale come tale, e nelle stesse condizioni, di un prodotto o di un processo», Corte di Cassazione 17 giugno 1981, n. 3931, mentre la segretezza quale elemento caratterizzante il suo oggetto è stata sancita in maniera incisiva in Corte di Cassazione 28 giugno 1985, n. 3881 (estratto da P. MANDARINO, *Territorialità dell'I.v.a. nel trasferimento di know-how*, in *Forum Fiscale*, 3/2006, p. 73).

⁴ «In tema di concordato preventivo, il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico

La disciplina applicabile è prevista dal codice civile e dalle leggi speciali, in coerenza necessaria, e non in concorrenza con la previsione codicistica⁵, come la Suprema Corte non cessa di precisare ogniqualvolta una fattispecie del genere è sottoposta al suo esame. Possiamo ricordare ciò che di recente è accaduto, ad esempio, è accaduto per il *trust*, recepito dall'ordinamento tramite un trattato⁶ e sottoposto, in sede giudiziaria, alla verifica del puntuale rispetto delle disposizioni normative nazionali⁷.

Devono, pertanto, essere presenti e rispettati in ogni rapporto contrattuale i requisiti previsti dall'art. 1325 c.c., pena la nullità, con ogni conseguente effetto di legge, ex art. 1418 c.c. ss.

Il contratto di *leveraged buyout*

Il rapporto si svolge tra due, o più, società e comporta la cessione del controllo dall'una all'altra, *rectius* dai soci di controllo dell'una, definita *target*, all'altra società, di solito costituita *ad hoc*. L'esito delle trattative e del percorso negoziale prevede il conclusivo atto di fusione tra le due società. La società acquirente, in cui sono confluiti gli interessi dei nuovi soci di controllo, costituendo un unico centro di interessi, si fonde nella società acquisita, trasferendo il debito. In virtù della previsione normativa (art. 2501-*bis* c.c.) «per effetto della fusione il patrimonio di quest'ultima (società *target*) viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti».

Il patrimonio viene, pertanto, onerato, nell'ambito e per gli effetti dell'operazione, dal debito assunto, prima della fusione, dai nuovi soci di controllo nel

del piano ed i rischi inerenti. Il menzionato controllo di legittimità si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, e si attua verificandosi l'effettiva realizzabilità della causa concreta: quest'ultima, peraltro, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro», in *Le società*, 4/2013, p. 442 ed in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 3/2013, p. 279, con note di F. DE SANTIS - I. PAGNI - A. DI MAJO.

⁵ Il d.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998, noto come “legge Draghi”, ha introdotto nell'ordinamento la disciplina specifica sulla quotazione delle società e sulla intermediazione dei titoli ed è, quindi, legge speciale a tutti gli effetti ed è, tuttavia, perfettamente conforme in ogni sua parte alla disciplina di riferimento del codice civile, di cui si può ritenere norma integrativa e non derogativa.

⁶ Il 1 gennaio 1992 è entrata in vigore la l. 16 ottobre 1989, n. 364, a mezzo della quale l'Italia ratificava la Convenzione de L'Aja del 1 luglio 1985 sulla legge applicabile al *trust* e al suo riconoscimento.

⁷ Cfr. le due ordinanze della Corte di Cassazione, sez. VI tributaria, depositate il 24 febbraio 2015 (n. 3735 e n. 3737), in *Il Sole 24 Ore* quotidiano, articolo di A. BUSANI dell'8 marzo 2015, *La Cassazione “smonta” il trust*.

proprio interesse esclusivo. In difetto delle giustificazioni richieste dall'inequivoca previsione di legge (evidentemente utili allo sviluppo dell'attività di impresa, non potendosi ritenere *en principe* che la legge preveda o consenta operazioni disutili o gravose), la società acquisita subisce l'ingiustificata depauperazione del patrimonio sociale e il reddito di impresa viene contratto dall'imputazione degli oneri straordinari. In mancanza di verificabili ragioni preordinate allo sviluppo dell'attività di impresa, l'onere improprio può candidare la società alla crisi e merita di essere valutato sotto il profilo della liceità e nella prospettiva della verifica di validità del rapporto, pur tenendo conto della disciplina speciale della fusione. Si tratta, infatti, sotto il profilo strutturale, di contratto a formazione progressiva, negoziato tra due, o più, parti, concluso nell'atto di fusione e soggetto alla disciplina dei contratti e della fusione di specie.

Finanziamento come elemento costitutivo del contratto

Il finanziamento dell'acquisizione della società target è elemento intrinseco, presupposto ed essenziale del rapporto complesso che si stabilisce tra i soggetti dell'operazione di fusione, in cui l'istituto di credito svolge, pertanto, il ruolo di assoluto comprimario.

Le modalità di negoziazione del rapporto comportano che il finanziamento, all'esito delle verifiche richieste dalle circostanze rispetto alla redditività dell'attività di impresa, sia presupposto della conclusione del contratto di fusione e ne componga la causa alla stregua delle altre capacità sottese alla realizzazione del negozio.

Introdotta nella pratica negoziale come contratto misto plurilaterale, l'originaria atipicità del negozio, dopo le perplessità iniziali degli operatori, si è affermata nella pratica operativa e nell'ordinamento, divenendo contratto tipico a seguito dell'intervento del legislatore della riforma.

L'essenzialità del finanziamento è confermata dal semplice ragionamento controfattuale che, in difetto di stima del controllo societario negoziato e di finanziamento del prezzo, la fusione di specie non può essere eseguita.

L'istituto che eroga il finanziamento allo scopo dell'acquisizione non è, pertanto, indenne dalle responsabilità, connesse al ruolo di protagonista del rapporto e alla funzione realizzatrice, intrinseche al contratto di fusione, di cui costituisce parte integrante.

La connessione intrinseca al negozio di fusione consente di definire il tipo contrattuale in questione come unico contratto complesso⁸, a causa mista, esclu-

⁸ Ricorre l'ipotesi del contratto complesso quando la combinazione di distinti schemi negoziali venga dalle parti attuata in base ad una causa unica, nel senso che le varie prestazioni, intimamente ed organicamente connesse e reciprocamente condizionate, nella loro essenza e nella loro modalità di esecuzione, risultino preordinate al raggiungimento di un medesimo intento oggettivo, si dà vita ad un rapporto convenzionale unitario e con propria individua-

dendo sia la presupposizione⁹, che è elemento riconoscibile, ma estrinseco al rapporto, sia la colleganza funzionale di diversi e distinti contratti tra loro¹⁰.

Scopo della fusione

L'art. 2501-*bis* c.c. prevede espressamente che il controllo costituisce l'oggetto del negozio e subordina la praticabilità dell'operazione alla indicazione, nel progetto di fusione, delle risorse finanziarie «previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione» e alla relazione che «deve indicare le ragioni che giustificano l'operazione e contenere un piano economico e finanziario con indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere»¹¹.

lità (cfr. Corte di Cassazione n. 1346 del 17 marzo 1978); per aversi contratto complesso è necessaria una pluralità di interventi negoziali fusi in un unico negozio formale (cfr. Trib. Torino, Pres. Macchia, del 3 febbraio 1993).

⁹ La presupposizione, non attenendo all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto, è un modo di risoluzione del contratto che consiste in una circostanza ad esso esterna, la quale, pur se non specificamente dedotta come condizione, ne costituisce specifico ed oggettivo presupposto di efficacia, assumendo per entrambe le parti o anche per una sola di esse, ma con riconoscimento da parte dell'altra, valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale, il cui mancato verificarsi legittima l'esercizio del recesso (cfr. Corte di Cassazione n. 12235 del 25 maggio 2007); in tema di rapporti giuridici sorti da un contratto, la cosiddetta presupposizione deve intendersi come figura giuridica che si avvicina, da un lato, ad una particolare forma di condizione, da considerarsi implicita, e comunque non espressa nel contenuto del contratto, e, dall'altro, alla stessa causa del contratto, intendendosi per causa la funzione tipica e concreta che il contratto è destinato a realizzare; il suo rilievo resta dunque affidato all'interpretazione della volontà contrattuale delle parti, da compiersi in relazione ai termini effettivi del negozio giuridico dalle medesime stipulato (cfr. Corte di Cassazione n. 6631 del 24 marzo 2006).

¹⁰ Le parti nell'esercizio della loro autonomia negoziale danno vita, contestualmente o meno, a diversi e distinti contratti, i quali caratterizzandosi ciascuno in funzione della propria causa e conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, alla cui disciplina rimangono rispettivamente sottoposti, vengono tuttavia concepiti e voluti come funzionalmente e teleologicamente collegati, fra loro posti in rapporto di reciproca dipendenza, (cfr. Corte di Cassazione, sez. lavoro n. 1126 del 15 febbraio 1980); le parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale possono dare vita con un solo atto a diversi e distinti contratti che, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale e pur rimanendo sottoposti alla relativa disciplina, possono tuttavia risultare collegati tra loro funzionalmente e con rapporto di reciproca dipendenza in modo che le vicende dell'uno si ripercuotono sugli altri, condizionandone la validità e l'esecuzione.

¹¹ L'Unione Nazionale dei Giovani Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili ha ritenuto, in una recente circolare inerente ai profili di problematicità dell'istituto, che «potrebbe configurarsi la fattispecie del negozio in frode alla legge allorché la fusione, deviando dalla funzione tipica assegnata dal legislatore, fosse attuata esclusivamente per altro scopo [...] il *discrimen* per valutare la frode alla legge dell'operazione consisterebbe nell'effettiva esistenza di un programma imprenditoriale e industriale idoneo allo sviluppo [...] concreto ed attento a salvaguardare l'equilibrio finanziario della società [...] in altre parole la traslazione

La norma precisa anche che la relazione debba attestare la “ragionevolezza” delle indicazioni contenute nell’atto di fusione. Vale a dire, tali indicazioni devono essere credibili e perseguibili sulla base del progetto, delle risorse, degli obiettivi programmati dell’attività di impresa.

L’esperienza italiana dei primi anni di attuazione dell’istituto in questione non è stata particolarmente felice. Numerose sono state le operazioni e numerosi sono stati i dissesti aziendali provocati dalle operazioni.

Nel prosieguo, sono riferiti i giudizi conclusivi di due giornalisti che hanno svolto una inchiesta nell’anno 2009. Soccorre, a questo proposito, l’esperienza anglosassone, che ha registrato notevoli e ripetuti successi con il tipo dell’operazione di specie, noto come *management buyout*. Molto sinteticamente, l’acquisizione del controllo mediante indebitamento è curata dai dirigenti, competenti e impegnati nell’attività, di solito nell’occasione della successione dell’imprenditore o della dismissione del ramo di azienda di interesse. L’operazione è caratterizzata dalla qualità dei soggetti acquirenti. Capaci, ma sprovvisti di risorse, i dirigenti sono ritenuti meritevoli di credito, essendo, tra l’altro, particolarmente interessati nella riuscita dell’attività di impresa e nel consolidamento dell’avviamento. Altra fattispecie concretamente idonea alla praticabilità dell’operazione prevede il conferimento di tecnologia, da parte della società acquirente, che bilanci l’onere, diversamente improprio, provocato a carico del patrimonio sociale. In difetto di scopo, l’operazione merita di essere valutata sotto il profilo della validità.

Validità della fusione

Trattandosi di contratto a formazione progressiva, soggetto al rispetto dei principi e delle norme che presidiano le obbligazioni (*ex artt.* 1173 e 1218 c.c.) e il contratto (*ex art.* 1321 c.c. ss.), il negozio risponde sia a tali disposizioni, che alla disciplina della fusione e, in particolare, quanto all’invalidità, all’art. 2504-*quater* c.c., articolato in due commi: «eseguite le iscrizioni [...] l’invalidità dell’atto di fusione non può essere pronunciata» (primo comma), «resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione» (secondo comma). Quest’ultima previsione normativa tutela – è evidente – l’affidamento riposto dai terzi nella valida costituzione della società oggetto della fusione e nei rapporti con essa intrattenuti, che l’ordinamento privilegia rispetto al rapporto originariamente negoziato tra le parti (cedente e cessionaria del controllo) del contratto.

Due sono pertanto le fasi sottoposte a verifica di validità: la prima, preparatoria alla fusione, la seconda, consistente nell’atto di fusione. Il vaglio concerne la sussistenza e compresenza degli elementi del contratto, *ex art.* 1325 c.c., oltre

del debito non deve essere il fine esclusivo dell’operazione» (estratto da *Profili giuridici di problematicità del merger leveraged buyout*, circolare UNGDCEC n. 8 del 2009).

alla liceità della causa e alla conformità ad ordine pubblico, *ex* articolo 1418 c.c., quanto alla prima fase, e la regolarità dell'atto di fusione, quanto alla seconda.

Gli effetti di invalidità della prima fase negoziale che, a sua volta, si può distinguere in vari momenti negoziali, non si riverberano sulla validità formale dell'atto conclusivo, per quanto appena precisato, con la riserva dei danni, ma permangono tra le parti.

Per cui, la causa concreta, eventualmente illecita, sanzionata dall'art. 1418 c.c. con la nullità, non è sostanzialmente sanata dalla barriera posta dall'art. 2504-*quater* c.c. (rispetto alla dichiarazione di invalidità), ma svolge i suoi effetti, sia tra le parti che nei confronti dei terzi, salvo che per la dissoluzione della società.

Due effetti, in particolare, meritano di essere espressamente menzionati: la legittimazione all'azione di nullità, *ex* art. 1421 c.c., «che può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata di ufficio dal giudice»¹², e l'imprescrittibilità, *ex* art. 1422 c.c.¹³.

Responsabilità

La disciplina delle responsabilità, rispetto agli obblighi precedenti l'atto di fusione, è prevista dall'art. 2504-*bis* c.c., primo comma: «la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione»¹⁴.

¹² La locuzione «chiunque vi ha interesse» si riferisce ai terzi che, non avendo stipulato il contratto, sono rimasti estranei ad esso e non già alle parti stipulanti, che, in quanto tali, sono sempre legittimate all'esercizio di tale azione, essendo *in re ipsa* il loro interesse all'accertamento della nullità. D'altra parte, la legittimazione generale all'azione di nullità del negozio non esime l'attore dalla dimostrazione di un proprio concreto interesse ad agire secondo le norme generali, in conformità all'art. 100 c.p.c.

¹³ La giurisprudenza in materia introduce il principio della «imprescrittibilità relativa», posto che «l'imprescrittibilità dell'azione di nullità non si estende ai diritti relativi ai rapporti preesistenti sui quali il negozio nullo avrebbe dovuto incidere» (Corte di Cassazione 8 febbraio 1984, n. 960, in *Breviaria Juris*, G. CIAN - A. TRABUCCHI, 2014). In tema di ripetizione dell'indebito oggettivo, in particolare, è opportuno segnalare l'orientamento non consolidato della Corte di Cassazione 13 aprile 2005, n. 7651, che stabilisce la decorrenza del termine di prescrizione dalla data del pagamento (e non dalla data della sentenza che dichiara la nullità del titolo sulla base del quale è stato effettuato il pagamento), mentre nella sentenza Corte di Cassazione 12 settembre 2000, n. 12038, in R. GAROFOLI - M. IANNONE, *Neldiritto*, 2013, la decorrenza del termine è stabilita dal passaggio in giudicato della sentenza medesima (permanendo, prima di tale momento, l'esistenza del titolo che aveva dato luogo al pagamento, ad esclusione dell'esercizio del diritto di ripetizione).

¹⁴ «La fusione tra società non determina, nelle ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo», cfr.

L'espressione adottata dalla norma è inequivoca e non consente dubbi interpretativi. Le responsabilità dell'una e dell'altra società si trasferiscono nella società sopravvissuta alla fusione, che risponde in prima persona, risolvendo ogni questione di legittimazione attiva e passiva.

Una sentenza della Corte di Appello di Milano¹⁵ ha esaminato la materia della responsabilità della società risultante dalla fusione, giungendo a conclusione che responsabilità contrattuale ed extracontrattuale possano coesistere.

In base alla premessa che «nella materia speciale delle fusioni la regola della buona fede e della correttezza esige in particolare che gli organi sociali (gli amministratori, con i loro ausiliari esperti, e l'assemblea) osservino scrupolosamente tanto le disposizioni di legge quanto le regole tecniche – dispone la sentenza, *N.d.R.* – nel caso in cui la fusione danneggi alcuni gruppi o categorie di azionisti, la responsabilità che ne consegue non integra (soltanto) gli elementi costitutivi della fattispecie della responsabilità aquiliana, di cui all'art. 2049 c.c., ma genera principalmente una responsabilità contrattuale immediata della società con un concorso tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, dato che il medesimo fatto viola contemporaneamente tanto i diritti derivanti dal contratto, quanto i diritti spettanti alla persona offesa indipendentemente dal contratto stesso», e ne illustra ampiamente i motivi con riferimento ai due diversi rapporti che vengono lesi ed ai principi dell'adempimento obbligatorio e del *neminem laedere*.

Le disposizioni che disciplinano il contratto sono, pertanto, applicabili alla fattispecie della fusione in esame, con il limite previsto dall'art. 2504-*quater* I comma c.c.: «l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata».

In concreto, la società non può essere sciolta per un motivo inerente alle modalità di fusione, ma i soci e i terzi danneggiati devono essere risarciti, in base alle rilevanti regole di specie. E il contratto di società, formale e sostanziale limitatamente al rapporto tra i soci, è soggetto anche alle cause di nullità del rapporto, sanate di imperio, rispetto alla forma sociale adottata, dalla disposizione citata, che si propone come deroga parziale all'art. 1421 c.c. (legittimazione all'azione di nullità), ma non all'art. 1422 c.c. (imprescrittibilità dell'azione di nullità), entrambi sopra esaminati.

Ancora sullo scopo della fusione

Nel precedente paragrafo sullo scopo del tipo di fusione è stato trattato il tema del bilanciamento dell'onere di acquisizione trasferito sul patrimonio sociale nel favore, almeno apparentemente esclusivo dei soci di controllo. E sono state

Corte di Cassazione SS.UU. 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Il Foro Italiano*, 2006, VI, 1, 1739 e, successive conformi, Corte di Cassazione 21 ottobre 2011, n. 21916 e Corte di Cassazione 11 aprile 2014, n. 8006, in www.italgiure.giustizia.it.

¹⁵ App. Milano 23 maggio 2003, *La Fondiaria Assicurazioni S.p.A. contro Barbiani e altri*, in *Le società*, 2013, IV, p. 442 ed in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 5/2004, p. 610, con nota di M. CASSOTTANA.

illustrate fattispecie conferenti. Qualcuno sostiene, tuttavia, che anche l'attività finanziaria speculativa possa essere ammessa ai benefici della fusione con indebitamento¹⁶. Posto che ricorrano le condizioni, di seguito esposte, e che tali condizioni “giustificano” espressamente il ricorso all'istituto, non si può escludere *tout court* la liceità di una operazione speculativa. Ma deve essere illustrato e compreso che cosa sia la speculazione finanziaria, non potendosi accettare la vulgata corrente che la “rapina legalizzata” – *absit iniuria verbis* – sia speculazione. Innanzitutto, perché non esistono rapine legalizzate.

L'ordinamento non le prevede, non le consente e, all'occorrenza, le sanziona. Esistono, piuttosto, diritti non azionati e tutele carenti. In concreto, non sono speculazioni le manipolazioni del mercato o le informazioni privilegiate, che, infatti, sono sanzionate dalla legge, mentre possono essere considerate speculative le “scommesse” sul prezzo dei titoli (quando non siano sostenute da manipolazioni o informazioni) o le acquisizioni a buon prezzo, nella prospettiva di un incremento immediato.

Comunque, le speculazioni non riuscite, costituendo evidente responsabilità esclusiva dei decisori (gli speculatori), non possono, ai sensi di legge, riverberare gli effetti negativi su terzi estranei o eventuali soci di minoranza irresponsabili della decisione, il cui diritto al risarcimento è, infatti, sancito, quanto alla fattispecie *de qua*, in particolare dalla previsione dell'art. 2504-*quater* c.c., secondo comma.

Precedenti e applicazioni

Il primo caso di specie noto è stato trattato dal Tribunale di Milano nel 1992¹⁷ ed ha riguardato la Farmitalia Carlo Erba, fino ad allora prima impresa farmaceutica

¹⁶ La materia dell'alea dei contratti è stata studiata dalla dottrina e ha costituito oggetto di cause trattate anche in sede di legittimità. Il principio della conservazione del negozio governa la materia. L'accettazione del rischio, in relazione alla prevedibilità dell'evento che provoca la sperequazione nel rapporto sinallagmatico, costituisce il discrimine tra contratto aleatorio, insuscettibile di risoluzione per eccessiva onerosità, e contratto a prestazione periodica o differita, suscettibile di risoluzione.

¹⁷ Trib. Milano 14 maggio 1992, Furlan c. Farmitalia Carlo Erba S.r.l., Nuova Montedison S.p.A. ed altri. L'importanza di questa decisione risiede nel fatto che, per la prima volta nel nostro ordinamento, è stata sottoposta all'attenzione dei giudici un'operazione societaria di *merger leveraged buyout*. Le affermazioni del Tribunale, per le quali, sulla base delle caratteristiche del caso concreto, l'operazione di MLBO non risultava né in contrasto con il divieto posto dall'art. 2357 c.c., essendo stato escluso che «vi sia stato da parte della società acquisita acquisto di azioni proprie», né con l'art. 2358 c.c. in via diretta (dato che la società acquisita «non ha accordato alcun prestito o fornito alcuna garanzia» per l'acquisto delle proprie azioni), o in via indiretta attraverso la delibera di fusione («la fusione non comporta per la società acquisita una operazione di prestito o di garanzia finalizzata a fare acquistare sue azioni alla società acquirente»), rivestono pertanto specifico rilievo di statuizioni incidentali. Esse, infatti, in considerazione della loro assoluta novità, hanno notevolmente influenzato il dibattito dottrinario che si è sviluppato sulla legittimità di tale operazione.

italiana. Il Tribunale non si è pronunciato direttamente sulla liceità dell'operazione di *leveraged buyout*, a causa della ravvisata inammissibilità del gravame frapposto sulla delibera di fusione, ai sensi dell'articolo 2504-*quater* c.c.: tuttavia, i rilievi incidentali del Tribunale, in merito alla compatibilità dell'operazione con i divieti posti dagli artt. 2357 e 2358 c.c., hanno acquisito forza di *obiter dicta*, contribuendo a determinare negli anni successivi, nonostante un certo travaglio della giurisprudenza¹⁸, l'orientamento del legislatore, in occasione della novella di diritto societario¹⁹.

Le attese di successo di tale strumento, innovativo e, teoricamente, utile per imprenditori capaci, ma sprovvisti di risorse finanziarie, sono state, però, generalmente deluse dal ricorso inappropriato all'istituto, come ha dimostrato la pratica delle numerose operazioni realizzate in seguito alla novella.

Nel dicembre del 2009, una breve inchiesta giornalistica de *Il Sole 24 Ore* e di *Corriere Economia* ha richiamato l'attenzione del pubblico sulle disparità indotte dalle operazioni di *leveraged buyout* tra soci di controllo e soci di minoranza e sui dissesti di impresa, molti dei quali insanabili.

Questo commentava la stampa specializzata nel 2009. Da allora, è successo di molto peggio, a causa del perdurante inappropriato ricorso alla fusione con indebitamento, con perdite miliardarie a carico del risparmio, sottratto alle imprese, oltre che ai legittimi titolari.

Conclusioni

La materia trattata propone profili di interesse giuridico, economico, industriale e personale, per gli effetti devastanti a carico del risparmio e concerne, quindi,

¹⁸ Altra significativa operazione di *leveraged buyout* con fusione, sulla quale si è pronunciata la giurisprudenza italiana, con i provvedimenti emessi dai giudici civili sia in sede cautelare (a seguito della richiesta, avanzata da un socio dissenziente, di sospensione della delibera di fusione), sia in sede di giudizio di merito, è nota come "caso Trenno", cfr. Trib. Milano, 27 ottobre 1997, Bruni - Trenno S.p.A., in *Giurisprudenza italiana*, 1998, 1440; Trib. Milano, 13 maggio 1999, Bruni Pio c. Trenno S.p.A., in *Società*, 2000, p. 75. Nel caso concreto, il *leveraged buyout* ha assunto le caratteristiche di un *reverse merger LBO* e, cioè, fra le società coinvolte è stata realizzata una fusione c.d. inversa ovvero l'incorporazione della società controllante nella controllata. È stata ravvisata la probabile nullità di una fusione «qualora l'istituto (della fusione) sia utilizzato nell'ambito di un'operazione di *leveraged buyout* come strumento di elusione del divieto di fornire garanzie per l'acquisto di azioni proprie».

¹⁹ Merita menzione specifica la pronuncia Corte di Cassazione 18 maggio 2006, n. 23730: «In tema di reati societari, a seguito della sostituzione dell'art. 2630 cod. civ. per effetto del d.lgs. n. 61 del 2002, non costituisce illecito penale l'operazione, inquadrabile nel più ampio schema del c.d. *leveraged buyout*, con la quale, di una società operativa, sia ceduto a credito parte del pacchetto azionario ad altra società, creata in modo strumentale per effettuare il detto acquisto con previsione di indebitamento e al fine di compiere attività di gestione di interesse della prima, per poi essere destinata alla fusione per incorporazione con la medesima e ripianare il debito con gli utili dell'attività posta in essere», in *Diritto e pratica delle società*, 17/2007, p. 62, con commento di I. CARACCIOLI.

le istituzioni di settore, il sistema giudiziario, le associazioni di impresa e gli uffici studi, oltre che i risparmiatori, sostanzialmente privi di tutela organizzata.

Sono trascorsi oltre dieci anni dalla introduzione della novella di diritto societario, sei anni dall'inchiesta giornalistica, dinanzi ricordata, e dalle dichiarazioni rese alla stampa, due anni dall'inizio del giudizio ricordato nel precedente paragrafo.

Nel frattempo, i danni collaterali provocati dai dissesti di impresa sono lievitati e l'economia ha risentito degli effetti distorsivi dell'impiego inappropriato delle risorse. È evidente che i tempi richiesti dalla evoluzione del pensiero giuridico e dal trapianto nel sistema giudiziario, a scopo di prevenzione o di risarcimento, nelle modalità tradizionali di adeguamento progressivo della giurisprudenza, sono superati dalla rapidità delle decisioni di assegnazione delle risorse e di gestione dei processi.

È richiesta una presa di coscienza collettiva di operatori ed utenti. Sono richieste modalità rapide di intervento nei processi distributivi delle risorse finanziarie a tutela del mercato e del risparmio²⁰. È, soprattutto, richiesto un dibattito ampio, vivace, ma alacre. *Tempus fugit*.

Abstract

The essay deals with the type of contract known in English as Leveraged Buyout that has been introduced into the Italian legal system by the Company Law Reform in 2004. In particular, LBO operations are regulated by article 2501-bis, titled in Italian "Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento" (literally, buyout merger upon debt) and by following articles of the Italian Civil Code. Emphasis is placed on the economic project, which is at the basis of the complex and progressive agreement negotiated by the parties, of which this contract may be considered as a type. Both economic project and financing are considered essential elements of the contract. In fact, the absence of such elements can produce the invalidity of the agreement thus enabling anyone who has an interest to start legal proceedings in Court. The statute of limitations is affected by the invalidity; therefore, legal proceedings can be started over the legal and usual term of ten years provided by article 2946 of the Italian Civil Code. The essay is completed by paragraphs on liability profiles, both contractual and extra contractual, and on precedent cases. The first case, concerning Farmitalia Carlo Erba the leading Italian pharmaceutical industry until the beginning of the nineties, was decided by the Tribunal of Milan in 1992. Ever since the debate about the compliance with the Italian legal system of this type of agreement has lasted until the 2004 Company Law Reform and this debate is still going on about the applications and requirements. The essay is meant to be a contribution to the debate.

²⁰ È richiesta la consapevolezza che non esistono i cosiddetti "fallimenti del mercato" quanto, piuttosto, diritti non azionati e tutele mancate.

Da una tutela “relativa” ad una tutela “reale” dei beni culturali

Paolo De Martinis

Affrontare il tema della tutela giuridica o delle tutele giuridiche dei beni culturali, forti del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio¹ e di quanto in generale previsto dal nostro ordinamento rischia di apparire un’indagine di una “intensità” inversamente proporzionale alla gravità del contesto non solo nazionale ma anche internazionale.

Ciò non toglie che dal diritto non si può prescindere come dalle procedure, anche articolate e complesse, volte a garantire la protezione e valorizzazione dei beni culturali.

Se è vero come è vero (art. 2, comma 2, del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio) che il bene culturale² è quella cosa individuata dalla legge o in base alla legge quale testimonianza avente valore di civiltà³, uno dei diretti corollari di tale affermazione parrebbe essere una tutela non “statica”, fine a se stessa, quindi esclusivamente orientata alla conservazione, ma al contrario una tutela “dinamica” che punti alla valorizzazione del bene quale memoria storica della comunità nazionale.

Difficile parrebbe del resto affermare il contrario proprio quando il nostro Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, all’art. 2, compie un’operazione che non è solo concettuale ma anche procedurale. Se, infatti, «la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura», il paradigma operativo dell’azione di tutela ha quali riferimenti teleologici appunto la memoria della comunità nazionale, il suo territorio e lo sviluppo della cultura (e aggiungerei, la consapevolezza del suo valore fondante).

A rafforzare quanto sinteticamente descritto, l’art. 3 (e si badi che siamo nella Parte prima - Disposizioni Generali del Codice) prevede che «l’esercizio

¹ Per un orientamento generale, v. M. CAMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, il Mulino, Bologna, 2007; M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, 2^a ed., Milano 2012; e, più di recente, R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, Giuffrè, 4^a ed., Milano 2014; G. FAMIGLIETTI - N. PIGNATELLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Neldiritto, Roma 2015.

² R. BIFULCO, *Il concetto di tutela nel Codice dei beni culturali: commento agli articoli 2-5*, in *Diritto e diritti*, Intervento del 21 ottobre 2004.

³ Sul valore immateriale dei beni culturali, cfr. G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in A. BARTOLINI - D. PONTI - G. CAFORIO (a cura di), *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Jovene, Napoli 2014, pp. 171 ss.

delle funzioni di tutela si esplica anche attraverso provvedimenti volti a conformare e regolare diritti e comportamenti inerenti al patrimonio culturale». E qui il dettato normativo è chiaro: tutela in funzione dell'individuazione di provvedimenti che conformino diritti e comportamenti, in una parola che incidano e formino correttamente l'azione dell'uomo, anche sotto il profilo dell'utilizzo del bene culturale.

Ebbene, tutta la dinamica attinente alla tutela⁴ dei beni culturali è opportuno sia letta e declinata alla luce dei principi esposti.

I beni culturali si differenziano in relazione alla loro proprietà.

Esistono i beni culturali di proprietà pubblica (demanio culturale inalienabile) soggetti all'obbligo di tutela e valorizzazione, la cui eventuale e residuale possibilità di dismissione come pure concessione d'uso può verificarsi solo in caso di esito positivo dell'autorizzazione da parte del Ministero ad alienare (artt. 55 ss.) ovvero a permutare (art. 58), le condizioni del cui provvedimento autorizzativo costituiscono clausola risolutiva espressa del negozio da compiersi (art. 55-*bis*). Nel caso della permuta, poi, vi è una deviazione dallo schema civilistico che contempla uno "scambio alla pari": proprio in applicazione del principio di tutela, dallo scambio di beni culturali deve derivare un incremento al patrimonio culturale nazionale e non tanto e solo in termini di valore venale, quanto piuttosto in termini di aumento della ricchezza culturale della Nazione.

Vi sono, poi, i beni di proprietà privata oggetto di dichiarazione di interesse culturale (art. 13), il quale ultimo deve essere sempre specifico, a tutela della proprietà privata che vede nel "vincolo di culturalità" una sua compressione (art. 10 co. 3).

Esistono, ancora, i beni culturali di interesse religioso⁵, anche quali strumenti attuativi della libertà di culto, non sottratti alla vigilanza del Ministero, ma la cui sorveglianza è esercitata nel rispetto delle esigenze di culto, indipendentemente da eventuali accordi o intese tra Stato e Confessione religiosa (art. 9).

Vi sono, infine, i beni, potremmo dire, a "culturalità rafforzata" (*ex art. 55 ss. sopra citati*) che sono quei beni di proprietà pubblica che, attraverso il procedimento di autorizzazione ad alienare, divengono di proprietà privata con obbligo, per il privato, non solo di rispettare gli oneri di conservazione e tutela del bene (i soli previsti dal nostro ordinamento per i privati proprietari) ma anche di attuarne la valorizzazione e fruizione (obbligo, questo, afferente alla sola proprietà pubblica).

⁴ Sul concetto di tutela e valorizzazione nel codice dei beni culturali, v. C. DE GIORGI CEZZI, in AA.VV., *Il codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, *op. cit.*, pp. 36 ss.; P. CARPENTIERI, *art. 6*, in R. TAMIOZZO (a cura di), *Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 17 ss.

⁵ Per una disamina sul tema, cfr. A. FUCCILLO, *I beni immobili culturali ecclesiastici tra principi costituzionali e neo dirigismo statale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), marzo 2009.

Ebbene, in relazione a quanto sopra esposto, si può affermare che esistono altrettante diverse tutele? La risposta è negativa. La tutela è unica con quelle caratteristiche dianzi descritte ed è pure materia non delegata alle Regioni ma condotta in sede centrale (art. 117 Cost.)⁶. Casomai è possibile rintracciare nel Codice degli indici attinenti ad una diversità procedurale in funzione della diversa natura dei proprietari.

Il Legislatore ha potuto, nel caso della proprietà pubblica, prevedere degli automatismi che, se importati negli altri diversi ambiti delle proprietà, si sarebbero tradotti in altrettante illegittimità. Se è vero, infatti, che esiste il demanio culturale⁷ dello Stato, Regioni ed altri enti territoriali è anche vero che esso è a composizione automatica. Ai sensi dell'art. 12, infatti, i beni immobili, se hanno più di 70 anni, e quelli mobili, se hanno più di 50 anni, il cui autore non sia più vivente e che siano di proprietà di Stato, Regioni, altri enti territoriali o pubblici, sono considerati beni culturali, a meno che non venga attivato il procedimento di verifica dell'interesse culturale e quest'ultimo abbia esito negativo.

In sostanza il Legislatore ha introdotto una presunzione di culturalità, che ammette prova contraria, proprio in funzione della tutela del patrimonio culturale pubblico. Vi è una anomalia, però. Anomalia peraltro sussistente fin dalla legge 1089/1939. I beni di proprietà di persone giuridiche private senza scopo di lucro (fondazioni ed associazioni riconosciute quali persone giuridiche) sono assoggettati all'art. 12 come pure agli artt. 55 ss. in punto di autorizzazione ad alienare. Tutto ciò in considerazione delle finalità di interesse pubblico perseguite dai cosiddetti enti non commerciali: il che sotto un profilo privatistico fa venire quantomeno dei dubbi, sebbene vi sia una coerenza intrinseca al Codice. Se, infatti, tali beni sono di proprietà di enti che perseguono scopi altruistici e quindi a tali scopi sono funzionali, allora la destinazione alla pubblica comunità, per volontà del soggetto privato costituente, è prevalente rispetto al crisma privatistico puro. Vi sarebbe, insomma, un codice genetico spurio e per ragioni di politica legislativa e tutela si fa prevalere il profilo pubblico.

Degno di rilievo è ancora, nell'ambito della normativa sui beni culturali, il diritto di prelazione in seguito a denuncia del trasferimento della proprietà o

⁶ A tal proposito, v. G. SCIULLO, *Beni culturali e riforma costituzionale*, in *Aedon*, 1/2001; N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Giappichelli, Torino 2002, *passim*, spec. pp. 272 ss.; ID., *Recenti sviluppi sulla distinzione tra "tutela" e "valorizzazione" dei Beni culturali e sul ruolo del ministero per i Beni e le Attività culturali in materia di valorizzazione del patrimonio culturale di appartenenza statale*, in *Aedon*, 1/2003; G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, pp. 383 ss.

⁷ R. MANZO - G. TAMBURINI (a cura di), *Il patrimonio immobiliare pubblico: nuovi orizzonti. Il ruolo dell'Agenzia del demanio*, Il Sole 24 Ore, Milano 2005, *passim*; A. SERRA, *Alienabilità di immobili appartenenti al demanio culturale*, in *Aedon*, 1/2004; E. BELLEZZA, *L'involuzione dell'istituto dell'autorizzazione ad alienare*, in AA.VV., *I beni culturali nel diritto. Problemi e prospettive*, a cura di G. ALPA - G. CONTE - V. DI GREGORIO - A. FUSARO, E.S.I, Napoli 2010, pp. 191 ss.

detenzione di bene culturale (artt. 59 ss.). Ferma restando la libertà di alienare da parte del soggetto privato, che non deve farsi autorizzare da nessuno, il Codice prevede la ben nota possibilità di prelazione, anche parziale (art. 60 e 61), da parte del Ministero nel caso di atti traslativi a titolo oneroso e solo ed unicamente quale esercizio del potere di tutela da parte dello Stato. Mai il nostro ordinamento ha previsto un procedimento autorizzativo *ex ante*, ma sempre la possibilità di prelazione *ex post*, in funzione del dovuto rispetto della libertà negoziale, temperato dalle superiori esigenze di interesse pubblico consistenti proprio nella tutela dell'integrità del patrimonio culturale. Il medesimo procedimento si applica al conferimento in società di bene culturale, il cui valore è quello di perizia.

Tra questi due sistemi pare esserci stata una contaminazione, una delle cui cause potrebbe essere la tutela. Se l'obbligo di denuncia *ex art. 59* per i privati ha sempre riguardato tutti gli atti che avessero comportato, in tutto o in parte, il trasferimento della detenzione del bene e, nel caso di atti a titolo oneroso, è sempre scattata la possibilità di prelazione (ora attinente alla sola cessione di detenzione di bene mobile, con modificazione del Codice nel 2011) così non era per l'originaria stesura del procedimento di autorizzazione ad alienare afferente ai beni pubblici. Esso, infatti, scattava solo allorquando vi fossero atti di trasferimento della proprietà. Successivamente, tale regime è stato esteso alle concessioni d'uso, le quali pur non prevedendo evidentemente il trasferimento della proprietà, necessariamente presuppongono la materiale disponibilità del bene culturale. Il soggetto agente sul bene e potenzialmente scorretto è quindi il soggetto (privato) concessionario che deve perciò fornire ed essere sottoposto a delle garanzie di tutela, tali da non poter essere rimesse alla fenomenologia generale delle concessioni d'uso o di altri negozi giuridici simili. Da qui la previsione di un procedimento specifico, l'autorizzazione, appunto, anche in tema di concessioni d'uso, mutuato, concettualmente, dall'art. 59 ss.

Il diritto di prelazione⁸, si è detto, è espressione del potere di tutela del Ministero. Diritto di prelazione che consegue all'obbligo della denuncia di trasferimento del bene culturale. Vi sono casi, però, che sebbene paiano trasferimenti, in realtà non rispondono alla *ratio* sottostante al diritto di prelazione, pur sussistendo l'obbligo di denuncia quale mera *denuntiatio* di un fatto. Così, ad esempio, nel caso di fusione tra società, anche eterogenea, non opera il diritto di prelazione in quanto operazione che determina un fenomeno successorio, ove non si può avere di riferimento il concetto di "traslazione della proprietà" in senso stretto. E così dicasi nel caso di trasformazione sia essa omogenea sia essa eterogenea. Lo stesso vale per le ipotesi di scissione. In tutti questi casi, in-

⁸ P. GALLO, *Prelazione*, in *Digesto IV, Discipline privatistiche, Sezione Civile*, XIV, Utet, Torino 1996, pp. 167 ss.; M. PACINI, *La circolazione in ambito nazionale*, in P.G. FERRI - M. PACINI (a cura di), *La nuova tutela dei beni culturali e ambientali*, Il Sole 24 Ore, Milano 2001, pp. 107 ss.

fatti, non sussistono i cardini del diritto di prelazione: oltre che la realizzazione di un effetto traslativo, è necessario che si verifichi l'assunzione di obbligazioni a carico di entrambe le parti negoziali; obbligazioni onerose nel senso che si traducano in un pagamento del prezzo.

Quanto affermato, in realtà, trova conferma, dal 2004, nello stesso tenore letterale, con funzione dirimente di ogni passato dubbio, della attuale previsione codicistica, la quale facendo riferimento al "conferimento in società" del bene culturale, quale atto tipico a titolo oneroso che fa scattare il diritto di prelazione, esclude tutti quegli atti che in senso tipizzato dal codice civile non siano conferimenti. Con che il che restano escluse dall'applicazione dell'art. 60 ss. fusioni, scissioni, in tutto le loro declinazioni, e trasformazioni.

È bene, però, sottolineare un aspetto particolare. Nel caso di trasformazione eterogenea⁹ in fondazione, ovvero in associazione che successivamente faccia richiesta di riconoscimento della personalità giuridica (o contestualmente, nel corpo del verbale di trasformazione) occorre tenere ben presente quanto previsto al citato art. 12, comma 1, e cioè che se il bene che entra a far parte dell'assetto patrimoniale di detti enti ha più di 70 o 50 anni e l'autore non è più vivente, scatta la presunzione di culturalità, con conseguente applicazione del regime di circolazione del demanio culturale. In altri termini, se una S.r.l. o S.p.A. che possiede un immobile ultrasettantennale il cui autore non sia più vivente, si trasforma in fondazione, detto bene diventa culturale, potendosi solo attivare la procedura di verifica dell'interesse ai sensi dello stesso art. 12 che solo nell'ipotesi di esito negativo comporta sdemanializzazione. Evidentemente si tratta di una sdemanializzazione con riferimento al demanio culturale, potendo (ed in taluni casi, ai sensi dell'art. 822 c.c., dovendo) il medesimo bene restare assoggettato al regime proprio del demanio ordinario, salvo una sdemanializzazione in tale contesto normativo.

Ma è vero, per espressa previsione del Codice, anche il contrario. Ai sensi dell'art. 12, comma 9, infatti, «le disposizioni del presente articolo si applicano alle cose di cui al comma 1 anche qualora i soggetti cui esse appartengono (e cioè: Stato, regioni, agli altri enti pubblici territoriali – piuttosto improbabile – nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro – piuttosto probabile, *N.d.R.*) mutino in qualunque modo la loro natura giuridica». Il che significa che se la fondazione (esclusa in ogni caso la trasformazione delle fondazioni bancarie) o l'associazione riconosciuta (che non abbia ricevuto contributi pubblici oppure liberalità e oblazioni del pubblico) si trasformano in S.r.l. o S.p.A., queste ultime restano soggette, per i profili che interessano, all'art. 12. E ciò indipendentemente dalla sussistenza di

⁹ M. MALTONI, *La trasformazione delle associazioni e delle fondazioni*, in M. MALTONI - F. TASSINARI (a cura di), *La trasformazione delle società*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, collana diretta da G. Laurini, Ipsoa, Milano 2005, pp. 340 ss.

quell'interesse culturale specifico che il combinato disposto dell'art. 10, comma 3, e dell'art. 13 pretende per gli enti commerciali e le persone fisiche.

Pare proprio che una superiore esigenza di tutela abbia forzato, dall'interno, lo stesso codice. Ciò che rileva, infatti, nel caso di cui al comma 9, è la originaria provenienza, pubblica o assimilata, del bene la quale prevale sulla effettiva ed attuale qualità del soggetto proprietario.

Ancora, non si può non considerare che il Capo III - Protezione e conservazione Sezione I - Misure di protezione Sezione II - Misure di conservazione, è un vero e proprio "sistema di controllo e protezione" analitico, complesso, anche coattivo, e coordinato, che vede il bene culturale quale un prisma, nelle sue caratteristiche, ma monolitico in punto di sua funzione. È in questa parte (sez. III, artt. 45 ss.) che si prevedono le prescrizioni di tutela indiretta che colpiscono beni che culturali non sono¹⁰. Il Ministero, infatti, «ha facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro» ed il riferimento al decoro sembra proprio alludere a quella funzione ultrafisica del bene culturale, quale testimonianza di civiltà. Vi è, inoltre, una prescrizione che disorienta, a dir poco: «situazioni di urgenza. Nel caso di assoluta urgenza possono essere effettuati gli interventi provvisori indispensabili per evitare danni al bene tutelato, purché ne sia data immediata comunicazione alla soprintendenza, alla quale sono tempestivamente inviati i progetti degli interventi definitivi per la necessaria autorizzazione» (art. 27). Si immagini un privato che in caso di assoluta urgenza effettui un intervento indispensabile e per giunta provvisorio, volto ad evitare un danno al bene culturale, che è patrimonio della comunità nazionale. Questo privato deve darne "immediata" comunicazione: entro quando? E trasmettere il progetto dell'intervento definitivo "tempestivamente": anche per quest'obbligo, entro quando? Ebbene, se infrange il termine "immediato" e quello "tempestivo", scattano le sanzioni amministrative e penali (almeno in punta di diritto).

Le esigenze di tutela, poi, sono alla base di uno dei procedimenti più pesanti del nostro ordinamento: l'espropriazione¹¹. Nel caso specifico, si può veramente affermare l'esistenza nel nostro ordinamento di una "espropriazione culturale". Tale previsione rappresenta una sintesi di una serie di principi. Innanzitutto, esistono due tipi di espropriazione: quella del bene culturale (che assomiglia alle prescrizioni di tutela diretta) e quella per il bene culturale (simile alle prescrizioni di tutela indiretta). Entrambe, in costanza del rispetto di assoluta ri-

¹⁰ P. STELLA RICHTER - E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e tutela*, in AA.VV., *I beni e le attività culturali*, a cura di A. CATELANI - S. CATTANEO, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XXXIII, Cedam, Padova 2002, pp. 385 ss.

¹¹ P. CARPENTIERI, *L'espropriazione dei beni culturali (con particolare riferimento ai parchi archeologici)*, in *Edilizia ed espropriazione: novità e criticità*, Napoli, 21 novembre 2008, in www.giustizia-amministrativa.it.

serva di legge prevista nel nostro ordinamento sul punto e della obbligatorietà dell'indennità, poggiano sul principio di tutela giuridica del bene, ma proprio nella sua connotazione funzionale, accennata all'inizio. Ai sensi dell'art. 95, infatti, «i beni culturali immobili e mobili possono essere espropriati dal Ministero per causa di pubblica utilità, quando l'espropriazione risponda ad un importante interesse a migliorare le condizioni di tutela ai fini della fruizione pubblica dei beni medesimi».

Orbene, il miglioramento delle condizioni di tutela è il presupposto di questa previsione. Ma la tutela non è, dalla norma in commento, "lasciata a se stessa". Il miglioramento delle sue condizioni deve essere possibile, riscontrato e finalizzato alla pubblica fruizione del bene. Se questa destinazione finale della tutela non sussiste, ebbene non si può ricorrere alla espropriazione. In questo procedimento per certi versi "odioso", vi è una sintomatica visione: va da sé che la tutela garantisce di per sé il minimo nella sua versione di mera conservazione, ma essa è funzionale e collegata alla valorizzazione e fruizione.

Sebbene non attinente ai beni culturali, è opportuno verificare come questa visione del Legislatore abbia potuto più liberamente manifestarsi nel caso del Paesaggio¹². Un unico esempio. Il c.d. vincolo paesaggistico volto a mantenere lo *status quo* dei luoghi (e quindi nulla di più conservativo e cristallizzante) nella sua attuazione paesaggistica (piano paesaggistico) può prevedere fasi manipolative dei luoghi (bonifica e risanamento) come pure prevedere la creazione di valori paesaggistici nuovi (artt. 135 e 143). Questo significa tutelare in un contesto dinamico. Certo, nel caso del Paesaggio tale opzione pare più semplice in considerazione del fatto che il territorio è per sua natura oggetto di trasformazioni e destinato ad essere fruito. Ciò non toglie che il bene culturale possa subire le medesime vicende e se si leggesse l'art. 3 anche in questa prospettiva la tutela funzionale ed aderente al modificarsi del mondo materiale, anche nei casi negativi, pare più che possibile e prevista.

La visione funzionale e dinamica della tutela, intessuta nelle maglie del Codice, consente di condurre una ulteriore riflessione. I beni culturali non sono nati per essere esclusi dal vivere quotidiano, dal tessuto economico e produttivo. Non sono nati per essere semplicemente conservati, ma, come gli altri beni, perché la comunità, nel suo interesse, ne possa fruire. E non solo la comunità locale, ma anche quella globale, l'umanità tutta, in quanto ciascuno di essi costituisce un prezioso frammento della memoria umana. Oggi si pone un necessario, doveroso ed urgente bisogno non solo di tutela, ma di protezione in

¹² Sulla disciplina del paesaggio, cfr., in senso vario, P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, pp. 413 ss.; G.F. CARTEI, voce *Paesaggio*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. V, Giuffrè, Milano 2006, pp. 4066 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Governo del territorio e paesaggio*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI - E. FERRARI - P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 486 ss.; P. URBANI, *art. 132*, in M. CAMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., pp. 524-527.

taluni casi. Protezione e tutela che, a ben vedere, non è detto siano raggiungibili attraverso irrigidimenti normativi o staticità codicistiche, presunzioni o divieti di cessione della proprietà. Il problema è casomai un altro: anche nel caso dei beni culturali occorre rendere attuale il sistema di prevenzione e controllo, in un contesto di libertà gestionale e di organizzazione, ripensando l'assioma per cui "il soggetto pubblico è il miglior proprietario rispettoso della tutela" e considerando che dovrebbe essere il "miglior controllore", anche e soprattutto in funzione di una reale tutela unitaria ed unica del patrimonio culturale potendo incidere, come già ci dice il codice all'Art. 3, sui comportamenti. Questo non significherebbe abolire la proprietà pubblica ovvero il regime di tutela e conservazione. Vorrebbe dire "sbloccare" il patrimonio culturale, soprattutto immobiliare, da tutta una serie di appesantimenti che, sebbene concepiti in ottica protezionistica, troppe volte non riescono a raggiungere l'obiettivo.

Tale sintetica riflessione indirizza la nostra attenzione su un profilo più propriamente gestionale, in particolare attinente alla proprietà pubblica ed alle esigenze di reperimento delle risorse necessarie, in un contesto di pubblica destinazione e fruizione del bene culturale.

È bene partire dalla considerazione, tutta di fatto, che, vuoi per titolarità giuridica, vuoi per titolarità del servizio e competenza, non si può non tener conto del soggetto pubblico. Ma occorre nel contempo avere altrettanto presente il ruolo, attivo, del privato in senso stretto e del privato istituzionale¹³.

La presenza del "proprietario pubblico di beni culturali" ovvero del "titolare pubblico del servizio ed attività culturale" è un dato facilmente riscontrabile. Quanti teatri, *auditorium*, musei, pinacoteche, poli espositivi vedono nel soggetto pubblico un attore indispensabile ed immanente. D'altro lato, che la parte pubblica voglia ed abbia necessità di aprirsi ad esperienze gestionali innovative, andando a coinvolgere i soggetti privati, è altrettanto evidente. Gli strumenti quali istituzioni, consorzi, aziende speciali e società miste, corredo amministrativo da sempre a disposizione dell'amministratore pubblico, non sono efficienti nel settore che qui interessa.

E così, le molteplici esperienze consistenti nell'adozione di istituti tipici del diritto privato quali associazioni, comitati e fondazioni tradizionali¹⁴ ai fini della gestione di una impresa culturale.

Anche se per la gran parte non più vigenti, particolarmente significative, al riguardo, sono le norme che negli ultimi anni hanno interessato i musei pubblici¹⁵.

¹³ Si veda A. PAOLUCCI, *Italia, paese del museo diffuso*, in C. MORIGI GOVI - A. MOTTOLA MOLFINO (a cura di), *La gestione dei musei civici. Pubblico o privato?*, Umberto Allemandi & C., Torino 1996, pp. 36 ss.

¹⁴ E. BELLEZZA - F. FLORIAN, *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, Passigli, Firenze 2001, *passim*.

¹⁵ Su questi aspetti, si rinvia a G. MORBIDELLI - G. CERRINA FERONI (a cura di), *I musei. Discipline, gestioni, prospettive*, Giappichelli, Torino 2010, *passim*.

Nella elaborazione dottrinarina del museo, definito come «struttura permanente che acquisisce, cataloga, conserva, ordina ed espone beni culturali per finalità di educazione e di studio» (art. 101, comma 2, lett. a), abbandonata la visione c.d. reale, si è giunti ad una concezione soggettiva o istituzionale del museo – identificando la raccolta come una semplice *universitas facti*, ovvero una *universitas iuris*, oppure ancora come un istituto o un'istituzione – allo scopo di affermare la c.d. autonomia museale e cioè l'opportunità che i musei pubblici di particolare importanza siano gestiti con un'amministrazione e una contabilità autonoma.

In quest'ottica, vi è una prima fase, fino alla fine degli anni 90, in cui l'autonomo esercizio delle attività museali viene garantito attraverso il trasferimento, a regioni e ad enti locali, della gestione di musei statali (art. 17, comma 131, della legge n. 127 del 1997, poi abrogato dal d.lgs. n. 62 del 2008), e, prima ancora, con la creazione di poli museali e la gestione autonoma di alcuni musei in virtù dell'istituzione del Ministero per i Beni e le Attività culturali (d.lgs. n. 368 del 1998), che assume dal 2013 l'attuale denominazione di Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (noto con l'acronimo MiBACT)¹⁶.

Ancora, si pensi all'art. 1 della legge 12 luglio 1999, n. 237, che, nell'istituire alcuni nuovi musei (quelli, ad esempio, dell'architettura, della fotografia, per la documentazione e valorizzazione delle arti contemporanee), sancisce che questi ultimi «hanno autonomia scientifica, organizzativa, amministrativa e finanziaria»; e, soprattutto alla c.d. legge 14 gennaio 1993, n. 4 (c.d. legge Ronchey), con cui si prevede che servizi non essenziali al museo, qualificati per questo «servizi aggiuntivi museali», quali, ad esempio, quelli di «assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico», possono essere affidati in concessione a privati.

In questa fase, di trasferimento agli enti locali nella gestione di musei statali e di esternalizzazione dei c.d. servizi aggiuntivi, si prevedono varie condizioni allo scopo di compensare il rischio tecnico che detto trasferimento comporta: si veda l'atto di indirizzo ministeriale con cui vengono approvati per i musei statali i «criteri tecnico-scientifici e gli standard minimi da osservare nell'esercizio delle attività trasferite, in modo da garantire un adeguato livello di fruizione collettiva dei beni, la loro sicurezza e la prevenzione dei rischi» (d.m. 10 maggio 2001, art. 150, comma 6)¹⁷.

In particolare, vi è soprattutto una riserva, potremmo dire mentale, da parte del legislatore al trasferimento di funzioni museali essenziali, cioè non solo aggiuntive.

Per tale esplicita riserva, si pensi all'art. 10, lettera b), del d.lgs. n. 368/1998 (di istituzione del Ministero per i Beni e le Attività culturali), successivamente abrogato dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156, con cui si stabiliva che il ministero

¹⁶ Sulla riforma del MiBACT attuata con d.p.c.m. n. 171/2014 si richiama G. PASTORI, *La riforma dell'amministrazione centrale del MiBACT tra continuità e discontinuità*, in *Aedon*, 1/2015.

¹⁷ In tema si veda P. FORTE, *Il contemporaneo in Italia. Evoluzione normativa e modelli di gestione*, in *Economia della cultura*, 2014, pp. 5 ss.

«ai fini del più efficace esercizio delle sue funzioni, in particolare, per la valorizzazione dei beni culturali, potesse costituire o partecipare ad associazioni, fondazioni o società».

Ebbene, con d.m. 27 novembre 2001, n. 491, con cui è stato approvato il regolamento sulla costituzione e partecipazione a queste fondazioni, si è previsto il «conferimento in uso di beni culturali» quale possibile modalità di partecipazione da parte del ministero e, soprattutto, la facoltà di tali fondazioni di svolgere direttamente i servizi aggiuntivi museali in quanto, però, riconducibili alla «valorizzazione dei beni culturali» (di competenza, peraltro, ora delle regioni), con una ambiguità della formula tale da non consentirne una reale praticabilità.

Si consideri, ancora, l'art. 33 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, che prevede la possibilità di «dare in concessione a soggetti diversi da quelli statali la gestione di servizi finalizzati al miglioramento della fruizione pubblica e della valorizzazione del patrimonio artistico» secondo modalità, criteri e garanzie definiti mediante regolamento con cui devono essere stabiliti «i parametri di offerta al pubblico e di gestione dei siti culturali», attenendosi ai principi stabiliti dallo Statuto dell'*International Council of Museums* (ICOM).

Ebbene, dalla interpretazione della legge si evince che anche in questo caso la concessione può riguardare soltanto i servizi aggiuntivi¹⁸.

Vi è poi una fase successiva in cui il legislatore apre ad un trasferimento anche di compiti di conservazione e protezione dei beni culturali, che potremmo definire essenziali, «attraverso la costituzione di fondazioni aperte alla partecipazione di regioni, enti locali, fondazioni bancarie, soggetti pubblici e privati» (art. 10 della l. 6 luglio 2002, n. 137).

Il tentativo è, tuttavia, rimasto incompiuto e sul perché di ciò bisognerebbe attentamente interrogarsi.

E di ciò ne è riprova il recente *Art bonus*, introdotto dal c.d. decreto Franceschini (art. 1 del d.l. 31 maggio 2014, n. 83, convertito con modificazioni nella legge 29 luglio 2014, n. 106)¹⁹, con cui si è introdotto un regime fiscale agevolato di natura temporanea, sotto forma di credito d'imposta, nella misura del 65% delle erogazioni effettuate nel 2014 e nel 2015, e nella misura del 50% di quelle effettuate nel 2016, in favore di persone fisiche e giuridiche che effettuano erogazioni liberali in denaro per interventi di sostegno, restauro e potenziamento

¹⁸ Per una riflessione molto più ampia sul regime giuridico dei servizi aggiuntivi cfr. G. PIPERATA, *Pubblico e privato nel nuovo regime giuridico dei servizi aggiuntivi dei musei statali*, in M. MONTELLA - P. DRAGONI (a cura di), *Musei e valorizzazione dei beni culturali. Atti della Commissione per la definizione dei livelli minimi di qualità delle attività di valorizzazione*, Clueb, Bologna 2010, pp. 97 ss.

¹⁹ Sul tema si rinvia a M. CAMELLI, *La riga prima della prima riga, ovvero: ragionando su Art Bonus e dintorni* e R. LUPI, *L'Art Bonus come sovvenzione pubblica in forma di "credito d'imposta"*, in *Aedon*, 3/2014.

dei luoghi della cultura²⁰. Sebbene destinatari delle donazioni sono soggetti pubblici e di qualsiasi natura affidatari di beni pubblici, è evidente l'intento di favorire il proprietario pubblico che ha maggiori difficoltà economiche nel tutelare il proprio patrimonio.

Il meccanismo che, per limiti massimi di spettanza del credito e per le modalità di fruizione differenziata a seconda del soggetto donante, rende senza un reale vantaggio le donazioni superiori al 5 per mille, mirando ad incentivare prevalentemente le donazioni piccole, diffuse, continuative ed omogenee, è ancora una volta il sintomo di quella diffusa tendenza ad accentrare, persino la ricerca di fondi, abdicando così all'utilizzo di strumenti maggiormente efficaci e più snelli, che assicurano una reale compenetrazione tra pubblico e privato.

Si può allora dire che la fondazione di partecipazione, almeno in ambito di tutela dei beni culturali, è stata in realtà solo teorizzata dal legislatore ma mai effettivamente resa pienamente praticabile con una previsione generale e sistematica.

Tale opzione consente, invece, il coinvolgimento di tutti quei soggetti che saranno interessati alle attività e ai progetti affidati e condotti dalla fondazione medesima, a cui potranno prendere parte con la qualifica di fondatori o di *partner*, nei limiti consentiti dallo statuto, partecipando alla gestione, secondo il grado di apertura ed influenza stabilito dall'ente di riferimento.

In altri termini, una fondazione operativa²¹, quasi capitalizzata si potrebbe dire, che ha la finalità di poter disporre di flussi finanziari, mediante l'esercizio di attività di promozione nonché di sviluppo ed incremento della «necessaria rete di relazioni nazionali e internazionali» di supporto alla fondazione stessa e «funzionali al raggiungimento dei propri fini» (così, l'art. 59, n. 3, della legge finanziaria 2001 sulle c.d. fondazioni universitarie), in cui occorre tenere distinto il livello gestionale in senso proprio da quello istituzionale. E così, tramite il Consiglio di Indirizzo, in cui ha almeno la maggioranza l'ente di riferimento, si decidono le linee generali dell'attività, i programmi e gli obiettivi, si approvano la modifica dello statuto e il bilancio; l'attuazione degli indirizzi dati è, invece, affidata al Consiglio di Amministrazione che, normalmente a maggioranza privata, consente la partecipazione nella gestione di soggetti in possesso di doti certe di managerialità.

L'utilizzo concretamente praticabile della fondazione di partecipazione andrebbe a beneficio di quella tutela funzionale troppo spesso limitata alla mera conservazione, peraltro indefettibile, che il Codice dei Beni culturali e del Paesaggio impone.

Con tali enti, grazie alla funzione di *fundraising* da essi svolta – quale luogo giuridico di incontro e strumento gestionale specifico – si potrà compiere

²⁰ Per un inquadramento prospettico della materia si veda G.D. COMPORTI, *Sponsorizzazione ed erogazioni liberali*, in *Aedon*, 1/2015.

²¹ E. BELLEZZA - F. FLORIAN, *Fondazioni di Partecipazione*, La Tribuna, Piacenza 2006, *passim*, spec. pp. 20 ss.

definitivamente per i musei pubblici la tanto invocata autonomia e, quindi, la realizzazione delle attività museali prescritte dalla legge.

Se si hanno di riferimento le ultime notizie, che tanto hanno occupato le cronache, relative alla nomina di responsabili esteri quali direttori di importanti complessi museali, ebbene a questi stessi soggetti occorre anche fornire delle procedure più semplici, posto che il sistema di tutela, come credo si evinca, è di ampia tenuta.

In attesa che ciò avvenga, seppur in difetto di più precisa regolamentazione, almeno per quanto attiene ai musei pubblici, la fondazione di partecipazione è già largamente utilizzata per i beni culturali.

Qualora, ad esempio, un Comune voglia restaurare un teatro, ovvero una accademia, magari dotandosi di uno strumento giuridico *ad hoc* per coinvolgere la comunità in questo percorso (e ciò anche in termini di risorse), fa di solito riferimento a questo istituto specifico. Tale scelta è dovuta essenzialmente ai due fattori già evidenziati, e cioè alla stabilità e al controllo dell'ente da parte del fondatore pubblico e alla possibilità di coinvolgimento, graduale e proporzionale, del tessuto economico e sociale territoriale. Sotto il primo profilo, occorre considerare come lo scopo della fondazione, avente ad oggetto una gestione del bene culturale, coerente con le sue caratteristiche come vuole il Codice, sia immutabile, come incredibile a soggetti terzi siano tutti i diritti sul bene attribuiti alla fondazione: tutto ciò è garanzia prima di tutela del bene. Sotto il profilo del coinvolgimento dei privati, la Fondazione di partecipazione, da un lato, scongiura la "privatizzazione" dei beni culturali in forza delle sue finalità di pubblico interesse e, dall'altro, può innestare un meccanismo virtuoso di aggregazione di risorse, competenze e attività: il tutto al servizio dei beni culturali.

È evidente che molto, se non tutto, dipende dallo statuto della Fondazione che, rispetto alle prime esperienze, può e deve ora anche interfacciarsi correttamente con il Codice dei Beni Culturali e con la normativa generale, dalla (*ex spending review*) alle deliberazioni dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, come pure con istituti quali quelli dei patrimoni destinati o finanziamenti dedicati (previsti per le S.p.A.). Lo stesso dicasi per tutte quelle possibili (e talvolta auspicabili) operazioni di riorganizzazione straordinaria, quali aggregazioni, unificazione e coordinamento delle amministrazioni di più enti, confluenze e fusioni, trasformazioni, *spin off*, incubatori e *start up*. Ma tutto questo è un approfondimento sugli assetti statutari migliori in funzione del progetto (posto che, come si è accennato, un statuto tipo di Fondazione di partecipazione non esiste) che porterebbe lontano.

Ora, se la realtà è questa, occorre dire che, ad esempio, l'estensione del regime dell'autorizzazione ad alienare in tutti i casi di concessione d'uso, ha finito per rallentare processi virtuosi e concreti. Se tale estensione è oltremodo corretta nel caso in cui ad avere l'uso del bene sia un soggetto completamente terzo rispetto all'ente pubblico proprietario, l'esigenza di tutela parrebbe affievolita nel caso di una fondazione di cui l'ente pubblico proprietario (ente

territoriale o pubblico, Università o Istituzione Culturale) sia il fondatore (non così nel caso di associazione che, per essere fiscalmente agevolata, deve avere un impianto democratico – “ogni testa un voto” – non funzionale ad una gerarchia ed architettura di pesi e responsabilità diverse tra gli altrettanto diversi partner). Da ciò uno snellimento sarebbe più che opportuno. Semplificazione utile anche per il reperimento di risorse.

In conclusione, potrebbe forse essere giunto il momento di riflettere concretamente sulla tutela e valorizzazione del patrimonio culturale europeo e non più solo sulla difesa di esso da dinamiche patologiche o addirittura criminali (si pensi alla Convenzione UNIDROIT, alla Convenzione UNESCO sulla circolazione illecita delle opere d'arte, alla Convenzione sul patrimonio culturale subacqueo) oppure dovendo attingere a convenzioni generali (si pensi a quella sui trasporti via terra o sulle obbligazioni contrattuali). Potrebbe poi essere utile, almeno per i principi generali, non dover sempre e solo aspettare la ricezione nel nostro ordinamento di Direttive comunitarie (cosa peraltro effettuata con il codice proprio nella parte relativa alla circolazione comunitaria).

Un percorso del genere dovrebbe confrontarsi sicuramente con le varie sovranità nazionali, posto che si parla di beni pubblici, ma l'inizio di una riflessione concreta su questo tema, volta ad individuare ed attuare principi giuridici comuni di tutela positiva e valorizzazione del patrimonio culturale europeo, potrebbe risultare anche un fattore di coesione.

Ad ogni modo, volendo far riferimento solo alla realtà italiana, la normativa andrebbe in alcuni aspetti rivista, e ciò alla luce di quanto succede a Pompei, a Caserta, ed in numerosi altri siti di interesse artistico e culturale presenti sul nostro territorio, in cui il degrado dei beni culturali è sotto gli occhi di tutti e non è meno grave, anche se più lento e graduale, delle barbariche devastazioni che si stanno compiendo in note località internazionali, tanto più che rischia di produrre nel tempo gli stessi effetti delle suddette devastazioni.

Abstract

The legal protection of cultural property aimed at its enhancement draws the attention to a more strictly operational point of view relating, in particular, to public property and to the needs of finding the necessary resources. In this perspective, among the most effective and most streamlined tools, the participated foundation, only theorized by the legislator but never actually made fully operational with a general and systematic provision, allowing the participation in the management of persons in possession of certain managerial qualities, would result in greater dynamic and effective protection of our cultural heritage.

Gli avvocati assumono la difesa del... suolo

Paola Rizzuto

Il suolo, che è una risorsa vitale essenzialmente non rinnovabile, ovvero lentamente rinnovabile nei suoi processi di formazione e rigenerazione, in difetto di controlli e di disciplina organica e di sistema, è esposto ad una serie illimitata di fattori di rischio e richiede un'azione comune di difesa.

La stessa locuzione "difesa del suolo", invero, è evocativa della figura professionale del giurista esperto in tali tematiche.

È urgente, pertanto, delineare questa figura, in un aggiornato contesto europeo, perché il territorio, il suolo, le acque, sono diritti da tutelare prioritariamente.

Le vicende del nostro Paese, del nostro presente, la complessità del diritto ambientale e della difesa del suolo, in particolare, hanno acceso l'attenzione in materia di territorio, ambiente ed edilizia quanto al complesso sistema normativo prodotto prevalentemente sotto la spinta di eventi dannosi, franosi e sismici, nonché di dissesti idrogeologici che hanno interessato frequentemente l'Italia.

Ebbene, la prevenzione dei rischi collegati alle dinamiche del suolo è certamente legata alla politica degli investimenti ma non può prescindere dal livello normativo che, anzi, proprio a tale fine, si rivela prioritario.

Certamente uno dei pilastri su cui si fonda la prevenzione per la messa in sicurezza del Paese, è quello finanziario, ma la prevenzione è un sistema più complesso: la difesa del suolo relegata in un Codice ambientale che, abrogando le norme previgenti, non riordina in maniera organica la materia e non coordina i diversi livelli di pianificazione ordinaria e straordinaria, di programmazione e di finanziamento degli interventi previsti dalle norme vigenti, limitandosi a riproporre parti dei provvedimenti abrogati, talvolta in maniera incoerente e incompiuta.

Una fotografia della situazione ci dice che c'è da rimettere mano ad un esperimento normativo che non ha funzionato perché non è riuscito a correggere veri e propri errori.

L'approvazione del d.lgs. 152/2006, "norme in materia ambientale" (c.d. codice ambientale), ha abrogato la gran parte delle riforme del quindicennio aperto dalla legge quadro ambientale e istituzionale 183/89 e, così facendo, ha aperto una fase caotica di abrogazioni, modifiche, ripristini transitori, totalmente inadeguati a dare concrete risposte di sistema.

Nell'insieme, quindi, invece di dare corso all'attuazione della Direttiva 2000/60 e concorrere attivamente alla formulazione delle successive integrazioni, il nostro Paese ha prodotto una grande quantità di norme contraddittorie,

con l'effetto congiunto di dover mettere mano di nuovo alla modifica del codice ambientale e rincorrere affannosamente le scadenze comunitarie.

Si aggiunga che si è alimentato uno scollamento crescente della cooperazione tra Stato centrale e Regioni, la caduta dell'idea stessa di gestione ordinaria, unitaria e integrata delle acque e del suolo per ecosistemi di bacino, mentre la Protezione civile ha finito con l'apparire – e, di fatto, diventare – l'agente principale degli interventi (naturalmente di “emergenza”), a loro volta percepiti nel senso comune come i soli efficaci e necessari.

Il mancato completamento del riassetto della *governance*, la frammentazione e stratificazione degli strumenti e degli enti, con l'impossibilità, in molti casi, di ricostruire la filiera delle responsabilità e delle competenze, il sostanziale scollamento tra i soggetti chiamati a programmare e pianificare e quelli deputati alla realizzazione, gestione e monitoraggio degli interventi, sono fonte di incertezze su chi debba intervenire ed in quali limiti.

Si tratta, in verità, di una mano di vernice su un sistema ormai arrugginito perché ci troviamo dinanzi ad interventi di *maquillage* che non si pongono in modo serio e credibile l'obiettivo di risolvere strutturalmente la drammatica situazione della difesa del suolo e del dissesto idrogeologico in Italia. E, quindi, mentre il Governo sta cercando di porre riparo, con alcuni emendamenti migliorativi, il mondo dei giuristi esperti in materia ambientale e di difesa del suolo deve fare sentire la sua voce. E non si tratta solo di questione di riformulare una nuova legge 183/89, di valutare quanto resta valido nelle condizioni di oggi e quanto va modificato, assumendo, per queste “materie”, riferimento principale delle opzioni comunitarie, a partire dalla “svolta” di sistema della Direttiva quadro 2000/60 (che, va ricordato, prima ancora della sua approvazione, è stata assunta come riferimento dal Comitato interparlamentare sulla “difesa del suolo” - Commissione Veltri), ma di rendere tutto ciò effettivamente applicabile nel sistema istituzionale dei governi territoriali.

È auspicabile, per questo motivo, che l'attuale proposta di riforma costituzionale del Titolo V, Parte II della Costituzione (già ampiamente novellato con le leggi costituzionali n. 1 del 1999 e n. 3 del 2001) puntualizzi il principio di differenziazione per evitarne un uso strumentale e distorto nelle materie che hanno una portata trasversale, come quella dell'ambiente, rinforzando la competenza dello Stato in merito alle disposizioni “generali e comuni” che devono trovare applicazione uniforme.

Ed allora, la tutela dell'ambiente, che comprende la difesa delle risorse naturali (suolo, sottosuolo, aria, acqua) per la quale, sino ad oggi, è esistita la competenza specifica (ed in alcuni casi pressoché esclusiva della figura professionale del geologo, dell'ingegnere idraulico e geotecnico ovvero dell'agronomo (in una parola, dei “tecnici”), non può prescindere dall'apporto del giurista che, pertanto, deve poter intervenire sia nella fase di (ri)costruzione normativa dell'intero assetto, sia in quella burocratica-amministrativa di dettaglio applicativo delle norme di principio individuate. Ciò perché la tutela ambientale è

volta ad assicurare una vita salubre e la migliore fruizione delle risorse della natura, nonché dare concretezza all'affermazione di principio del diritto all'ambiente inteso come diritto della personalità, correlato ai diritti della collettività.

La professione del giurista è, infatti, in continua evoluzione in rapporto ai tempi ed alle modificazioni e trasformazioni che il diritto subisce in quanto prodotto spontaneo della vita sociale ed economica e delle contingenze e non può restare silente rispetto a questa pressante richiesta di cambiamento e di intervento.

Ciò significa che la formazione del giurista, oggi, per avere reale mercato di approdo, deve essere proiettata all'apprendimento di nuovi saperi giuridici ed all'acquisizione di nuove abilità con l'utilizzo di modalità didattiche differenziate.

Scenario normativo

L'analisi della normativa vigente evidenzia una complessa articolazione dell'intero sistema ed una sovrapposizione delle disposizioni di riferimento tale da ostacolare, di fatto, l'adozione di adeguate misure e l'attuazione dei necessari interventi di tutela.

Con la revisione del titolo V della Costituzione, realizzata con la legge cost. del 18 ottobre 2001, n. 3, l'ambiente ha trovato per la prima volta un esplicito riconoscimento nell'art. 117 della Costituzione, comma 2 (rif. tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali), comma 3 (rif. alla valorizzazione dei beni culturali ed ambientali).

Attraverso questa canonizzazione formale, che ha completato una lunga evoluzione della dottrina, della legislazione ordinaria e della giurisprudenza costituzionale, la nostra Costituzione si è venuta adeguando ad altri modelli di Carte Costituzionali nelle quali è previsto uno specifico *status* costituzionale dell'ambiente, ovvero, una definizione costituzionale della dimensione giuridica dell'ambiente medesimo.

Assistiamo tuttavia alla mancanza di un unico interlocutore centrale che definisca linee guida e di indirizzo per le amministrazioni competenti, in modo da assicurare eccellenza tecnico scientifica, l'adozione di criteri e metodologie uniformi di analisi, programmazione e pianificazione, il coordinamento delle misure e degli interventi, il monitoraggio ed il controllo degli stessi.

La pianificazione è ancora considerata, in maniera restrittiva, più come atto settoriale legato agli aspetti vincolistici che come strumento di analisi e di programmazione organica del territorio.

Le disposizioni in materia di danno ambientale, poi, contenute nella Parte Sesta del decreto legislativo n. 152/06, Codice ambientale, si prestano a differenti interpretazioni che rischiano, in una lettura restrittiva delle norme di riferimento, di escludere dalla nozione di danno ambientale gravi abusi edilizi e fenomeni di uso dissennato e di compromissione del territorio, anche quando possano essere fonte di gravi rischi o causare dissesto idrogeologico.

Il tema attuale riguardante il risarcimento del danno ambientale, pone la domanda come si ripara l'ambiente? Quale deve essere l'intensità della lesione perché si possa considerare il bene ambientale lesionato? E soprattutto, qual è il momento in cui l'ambiente si considera risanato? Quesiti complessi ed intensi, che non possono trovare una risposta se non nella dimensione giuridica con l'ausilio della scienza e della tecnica.

Del resto l'ambiente è un'entità dinamica in continua evoluzione e trasformazione. Solo il supporto della scienza permette di capire quando una sua modificazione costituisce un'alterazione dei processi naturali o, invece, è conseguenza delle sue stesse dinamiche. Invero, il dover comprendere come riparare il bene ambiente mette di fronte al compito di sapere da cosa è costituito e di conseguenza come ricostruirlo.

Esperti sempre in allerta, organismi e tavoli tecnici di supporto alle unità di crisi per monitorare il territorio non bastano.

Bisogna conoscere e riorganizzare la norma che regola tale settore.

Sotto il profilo della classificazione e delle partizioni del diritto ambientale, inoltre, si pone il problema di considerare il sistema normativo della difesa del suolo come comprensivo ed assorbente del sottosistema della tutela delle acque oppure, alternativamente, quale argomento soltanto coordinato ma autonomo rispetto a quel sottosistema.

Nella letteratura manualistica, difesa del suolo e tutela delle acque costituiscono due autonomi e corpositi capitoli del diritto dell'ambiente, caratterizzati da intense connessioni ma trattati nei testi istituzionali in modo distinto e specifico.

Nel nostro ordinamento, la tutela dell'ambiente, come base della vita della comunità, costituisce un valore costituzionalmente primario, fondante, che si è imposto con tutta la sua forza, purtroppo, in seguito al verificarsi di eventi naturali drammatici che hanno devastato interi centri abitati e campagne e distrutto parte del comune patrimonio artistico e storico del nostro Paese.

Il Codice dell'Ambiente è frutto di un parto politico-legislativo assai travagliato e conflittuale, che avrebbe necessità di una serie di interventi modificativi e correttivi; come è vero, parimenti, che l'intera materia è dominata da una proliferazione complessa e spesso convulsa di provvedimenti di vario ordine e grado, di tipo nazionale, regionale e comunitario, sottoposta alla pressante esigenza di dover dare recepimento e attuazione a direttive comunitarie che ci colgono spesso impreparati e in costante ritardo.

Non si tratta di invocare un ritorno al sistema delle cosiddette leggi-quadro quanto di evidenziare come le diverse fonti debbano essere armonizzate tra loro stante la complessità ma unitarietà funzionale ed organizzativa della tutela.

La difesa del suolo: effetti giuridici delle catastrofi

La centralità conseguita dalla difesa del suolo in Italia è la conseguenza dell'acquisita consapevolezza della congenita e strutturale fragilità del territorio che

si manifesta, da tempo immemorabile, attraverso un'ampia tipologia di calamità diffuse sul territorio medesimo, producendo danni rilevanti, sia in termini di vite umane che al patrimonio ambientale ed insediativo, con un consistente aggravio della finanza pubblica, chiamata a sostenere gli ingenti costi di riparazione e ricostruzione.

Rischio sismico ed idrogeologico si sono manifestati in forme varie ed articolate, costituendo però una costante storica del nostro Paese che ha conosciuto una progressiva intensificazione negli ultimi anni a causa dei processi di degrado e collasso del territorio, in una con il fenomeno progressivo dei cambiamenti climatici e della desertificazione, sino a diventare fonte di forte e costante preoccupazione anche per l'incuria dell'uomo che ha aggravato le condizioni di un territorio che solo da qualche decennio è sorvegliato speciale.

Oggi la scienza geologica conosce le potenziali sorgenti sismo genetiche e, dunque, le aree maggiormente sismiche e le caratteristiche geologiche e geomorfologiche dei vari siti, parimenti la sismologia consente la misurazione dei fenomeni con l'esame della propagazione delle onde elastiche che da essi si generano. Ciononostante, restano comunque delle variabili che non sono ponderabili aprioristicamente perché dipendono da vari fattori, come la vulnerabilità dell'edificato. In effetti, il rapporto tra l'azione umana e la natura è spesso pieno di contrasti che possono degenerare e dare luogo ad eventi catastrofici. Diversamente, non si spiegherebbero fenomeni come quelli accaduti nel terremoto dell'Aquila, ove non regge il paragone: ad Onna, l'inferno, a Monticchio la salvezza. Un solo chilometro di distanza può segnare la differenza tra la morte e lo scampato pericolo.

Le frane e alluvioni molteplici, i collassi determinati dalle cavità del sottosuolo, l'instabilità dei versanti e l'erosione delle coste, in una parola i cosiddetti "fenomeni idrogeologici" sono la risultanza dell'interazione degli eventi meteorologici e l'ambiente geomorfologico ed idrologico reso più vulnerabile dall'intervento antropico.

Ebbene, la memoria e lo studio del ricco catalogo delle catastrofi e calamità, con la ricerca delle loro cause sia naturali che antropiche e l'esame delle relative dinamiche, rappresenta un significativo elemento di conoscenza ed indagine per l'esplorazione della complessa problematica sul piano tecnico-scientifico, utile per l'analisi e l'elaborazione progressiva delle misure giuridico-disciplinari di difesa del suolo.

Nel catalogo delle catastrofi nazionali, gli eventi calamitosi di natura idrogeologica occupano per i loro effetti disastrosi uno spazio assai rilevante, secondo solo al rischio sismico, che ha dato luogo periodicamente ad una serie di terremoti rovinosi ed è stato il primo fenomeno – a partire dalla catastrofe di Messina e Reggio Calabria del 1908 – ad essere giuridicamente normato, dando l'avvio allo sviluppo della legislazione di prevenzione sull'edilizia antisismica ed al nucleo originario della normativa sulla protezione civile.

A titolo esemplificativo, due delle principali catastrofi dell'ultimo cinquantennio, la frana del Vajont del 1963 ed il collasso dei bacini idrici della Val di

Stava in Trentino nel 1985 (che hanno prodotto in Italia più della metà del numero complessivo di vittime per calamità) sono state determinate per il concorso della sconsiderata irresponsabilità dell'azione antropica, come riconosciuto anche in sede giudiziaria.

Sul piano normativo, invero, molti eventi calamitosi hanno determinato una significativa influenza sullo sviluppo della legislazione di settore, stimolato dall'effetto emotivo e dall'esperienza della gestione delle calamità, così che buona parte dell'evoluzione giuridica deve essere letta in stretta connessione con la misura delle catastrofi.

Pensiamo alla disastrosa alluvione di Firenze del 1966, da cui è scaturita una ricca filiera di studi idrogeologici ed indagini tecnico-scientifiche di spessore, che hanno dato luogo, molti anni dopo, all'approvazione della legge di riassetto, la legge n. 183 del 1989.

Ed ancora, gli eventi di Sarno in Campania, nel 1998 (d.l. n. 180/1998), e di Soverato in Calabria, del 2000 (l. 365/2000), hanno condotto all'adozione di provvedimenti legislativi di notevole rilievo sul piano dell'assetto del territorio e della pianificazione di bacino, aventi efficacia su tutto il territorio nazionale, benché denominati da quelle località e da quegli specifici eventi, così come la legge del 1990 per la tracimazione in Valtellina.

Negli ultimi anni la quasi totalità delle gestioni *extra ordinem* è stata rivolta ad affrontare calamità e catastrofi, ed eventi che, per intensità ed estensione, sono stati governati con mezzi e poteri straordinari. Si tratta di fatti, fra loro apparentemente scollegati, ma tutti in grado comunque di esercitare un peso sulla prassi della gestione delle emergenze nel nostro ordinamento, così come altre diffuse e gravi emergenze ambientali: lo smaltimento dei rifiuti, l'inquinamento dei corpi idrici e le bonifiche dei siti inquinati, il dissesto idrogeologico, il deposito delle scorie radioattive, che hanno generato il "diritto dell'emergenza", espressione attualissima della realtà giuridica, sebbene nel suo nucleo centrale sia istituito risalente al diritto romano e quindi alle radici stesse dell'ordinamento, con i suoi presupposti di specialità e straordinarietà che ne legittimano da sempre l'efficacia derogatoria.

Il diritto dell'emergenza si esprime in modo peculiare con provvedimenti monocratici delle strutture straordinarie affermando un regime di deroghe ed eccezioni alla normalità delle regole generali, con l'emersione di nuovi problemi in termini di controlli, di garanzie procedimentali e di trasparenza delle gestioni, oltre che di tutela giurisdizionale e, soprattutto, di compatibilità con il diritto comunitario.

Questi profili di ordinamento dell'emergenza, che promanano eminentemente dal potere statale ma con ampi coinvolgimenti delle autonomie regionali, nella prassi non riguardano in modo omogeneo l'intero territorio nazionale, ma risultano localizzati ed insistenti soprattutto in alcune aree del Paese dove si concentrano le più significative criticità.

Negli ultimi dieci anni tali strumenti sono stati così utilizzati per derogare stabilmente ad ampi e cruciali settori della legislazione: dal diritto ambientale,

all'urbanistica, ai contratti pubblici, e le decisioni assunte dagli organi dell'amministrazione straordinaria, fruendo dei poteri eccezionali, hanno finito per condizionare, in modo crescente e definitivo, la regolazione e l'attuazione di importanti politiche pubbliche e sono andate configurando un ulteriore strumento di erosione della funzione legislativa e della centralità della legge.

Nella gestione delle emergenze, si è reso evidente il vantaggio, per così dire, delle ordinanze rispetto alla legge a riprova di quella che si potrebbe certamente riconoscere come una delle ragioni dell'attuale crisi della legge medesima. Infatti, a fronte della difficoltà, per il provvedimento legislativo, di intervenire in modo appropriato, meditato e, perfino, concertato con altri livelli di governo, rispetto ad una data situazione problematica, l'ordinanza si presenta indubbiamente, in un'ottica pragmatica, come la chiave per la soluzione immediata del caso concreto.

Alla dilatazione applicativa di tali strumenti, cui corrisponde lo straordinario sviluppo e la crescente complessità del diritto ambientale, di contro c'è stato il tentativo di codificazione settoriale di cui si è detto (il citato d.lgs. n. 152/06, emanato sulla base della legge delega n. 308/04) espressione ed oggetto di una continua evoluzione legislativa non sempre coerente ed organica, stimolata dal progresso tecnologico e scientifico e dall'incessante produzione comunitaria.

Ambiente e territorio

Per affrontare le questioni afferenti la difesa del suolo occorre partire dalla conoscenza dei problemi del territorio, inteso come bene/valore da conservare e delle regole che devono sovraintendere ad un suo ordinato assetto, senza con ciò contrastare lo sviluppo economico dei contesti, per farvi ritorno, come in un cerchio.

Sul piano giuridico, quindi, la difesa del suolo diventa anche tutela del territorio sia in termini di sua conservazione che di abilitazione del suolo, perché come bene giuridico, la sicurezza del suolo è la preconditione di ogni insediamento e sviluppo. Sicché, la pianificazione urbanistica impatta il profilo ambientale e ne è condizionata, parimenti alle trasformazioni del territorio determinate dall'uomo e dettate da esigenze economiche e sociali.

Il governo del territorio ricomprende, quindi, sia gli aspetti relativi all'edilizia, alla gestione del ciclo idrico di bacino e della difesa del suolo dal rischio idrogeologico, sia la nozione di paesaggio, che discende da fattori naturali, ma anche culturali ed antropici, con la conseguenza che esso non può essere mutuato più soltanto dall'ambiente e dalla sua concezione statica, ma anche e soprattutto dalle trasformazioni che il territorio subisce per mano delle popolazioni insediate.

Nella più moderna concezione, la difesa del suolo si colloca pertanto in una dimensione sociale che genera problemi che vanno ben oltre l'idraulica, diventando disciplina di assetto, uso e tutela delle risorse delle acque e del territorio

insieme; essa prefigura anche il superamento della separazione degli interventi sul territorio e sull'ambiente, pur con la consapevolezza della complessità delle interdipendenze e connessioni.

In questi anni, si è privilegiata, per tale ragione, più una politica emergenziale di riparazione del danno che una politica preventiva, regolata da strategie di pianificazione e programmazione delle azioni di tutela.

Ora, l'opera della giurisprudenza costituzionale è stata fondamentale per far evolvere la materia dell'urbanistica da mera pianificazione dell'edificato a programmazione globale del territorio nella sua intrinseca valenza ambientale aprendosi a forme di pianificazione di area vasta (quali il piano paesaggistico, il piano del parco e il piano di bacino).

Va, tuttavia, osservato a riguardo, che di questa tendenziale capacità dell'urbanistica di "inglobare" anche la tutela ambientale, il Legislatore non ha mai portato a conclusione tale processo, continuando a mantenere in vita ed anzi a moltiplicare, le forme di tutela settoriali (non solo per l'ambiente in sé, ma anche per le singole tematiche ad esso relative), costituite da sistemi di pianificazione particolari e paralleli a quelli territoriali e da procedimenti di autorizzazione e controllo e da apparati concorrenti.

Resta, perciò, aperto il problema, perché la difesa del suolo si pone a cavallo tra la disciplina ambientale, soprattutto per il profili relativi alla tutela qualitativa delle acque, ed il governo del territorio, in particolare per gli aspetti di pianificazione che in vario modo incidono sui processi di gestione urbanistica.

Una possibile alternativa professionale... Il giurista del suolo

"Il giurista del suolo" è la nuova identità professionale, che si è dunque venuta a delineare, ed è auspicabile che negli sviluppi futuri della professione forense, che oggi vede il diritto ambientale come settore di specializzazione riconosciuto, essa possa avere una sua precipua collocazione in considerazione, da un lato, delle esigenze sempre più pressanti e dei rilievi giuridici assunti dall'ambiente nella vita della nostra società, dall'altro, per consentire il sorgere e/o consolidarsi di nuovi saperi giuridici qualificati, utile anche come valida alternativa all'affollamento degli studi legali ed alla disoccupazione dei giovani laureati.

Il riferimento alla professionalità del giurista esperto ambientale, pertanto, si rende sempre più necessario, vista la convulsa e disorganica normativa vigente in materia di ambiente, territorio ed edilizia.

Va da sé quindi che l'acclarata dimensione giuridica dell'ambiente e del territorio attribuisca una centralità anche alla figura del giurista specializzato nella materia, accanto a quella tradizionale dei tecnici, trattandosi di competenze trasversali che devono trovare pacifica convivenza ed un linguaggio comune a tutela di un bene della collettività.

L'analisi giuridica dell'assetto della difesa del suolo, beninteso, come tutte le discipline del diritto ambientale, non può prescindere da un riferimento ai

lineamenti essenziali della problematica tecnica sottesa, in quanto la materia è costituita da un insieme di regole legislative volte alla regolamentazione di contenuti e profili squisitamente tecnici.

La grande novità operativa, allora, sta nel fatto che, per la prima volta, in una materia sì fortemente frastagliata, quale quella della difesa del suolo, l'interdisciplinarietà non è intesa quale semplice "accumulo-sovrapposizione" di saperi stratificati (idraulici, morfologici, storici, paesistici, ecologici, giuridici, economici, sociali), ciascuno portatore della propria esperienza e della propria "verità", ma come "processo di conoscenza", all'interno del quale si costituiscono "tra i saperi, o meglio, tra i loro interpreti, in contesti specifici, linguaggi comuni di concetti".

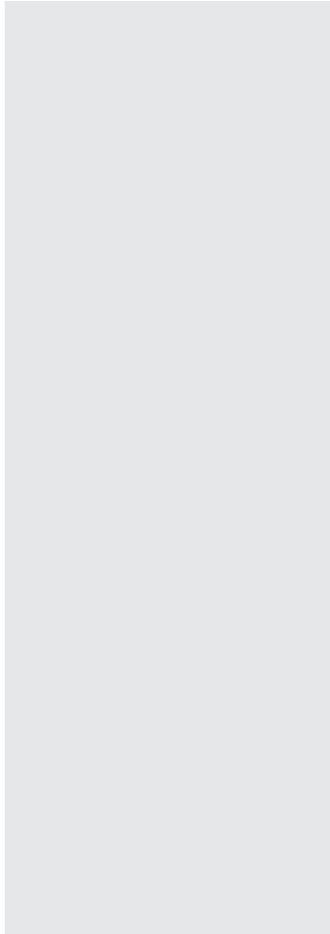
Scienza, tecnica e diritto, devono parlare un linguaggio comune, fluido e condiviso.

La difesa del suolo palesa così la sua natura di materia-valore trasversale, che necessita di un approccio integrato di competenze e saperi.

L'obiettivo è quello di creare interlocutori qualificati, anche tra i giuristi, su una tematica che li deve vedere quali protagonisti paritari con i geologi, gli ingegneri geotecnici ed idraulici, da anni impegnati in un territorio ad elevato rischio ambientale.

Coniugare le diverse esperienze professionali in un'ottica sinergica e collaborativa rappresenta la strategia giusta per ridurre tali rischi.

FORMAZIONE FORENSE



Educazione giuridica e didattica performativa

Paolo Moro

La questione del metodo di formazione del giurista

La formazione del giurista vive oggi un momento critico, soprattutto in Italia, essendo indubbie le difficoltà del sistema accademico e delle corporazioni professionali di offrire allo studio e alla prassi del diritto un'approfondita preparazione culturale e un'adeguata competenza tecnica per affrontare un'epoca di rapidi e continui cambiamenti come quella attuale.

Infatti, la metodologia dell'educazione giuridica appare tuttora trascurata dai programmi didattici dei corsi di laurea e di applicazione forense, a causa di un profondo spaesamento teorico e, nello stesso tempo, di un evidente disorientamento pratico delle istituzioni formative.

Tale situazione sembra accentuata dalla confusa combinazione negli studi giuridici e nella formazione professionale di una duplice mentalità: da un lato, prevale il nozionismo razionalista, volto all'insegnamento del diritto positivo attraverso l'interpretazione della norma legislativa; dall'altro, domina il prassi-empirista, diretto alla didattica della soluzione contingente dei casi attraverso l'indagine tecnica del precedente giurisprudenziale.

Il distacco tra la formazione nozionistica ed istituzionale, di regola organizzata dalle università, e l'apprendimento pratico e utilitaristico, di regola controllato dalle corporazioni professionali, appare un'autentica frattura culturale, che deriva dal duplice modello di formazione degli studi di giurisprudenza che si è sviluppato in Europa nell'età moderna e che appare ancora largamente influente nel paradigma didattico delle università¹.

Infatti, pur conservando le reciproche diversità storiche e organizzative delle distinte accademie nazionali, l'educazione giuridica in Europa ha presentato obiettivi e metodi di formazione prevalentemente concettuale e teorica in Germania e in Italia, mentre è apparsa precipuamente orientata alla preparazione professionalizzante e pratica in Francia e in Inghilterra.

Sotto il profilo culturale, entrambi questi modelli hanno un'origine comune nel prototipo didattico, ad un tempo razionalista ed empirista, dell'Illuminismo giuridico e dell'università statale dell'Ottocento².

¹ Cfr. A. GIULIANI - N. PICARDI (a cura di), *L'educazione giuridica. 1. Modelli di università e progetti di riforma; 2. L'educazione giuridica da Giustiniano a Mao: profili storici e comparativi*, Libreria Universitaria, Perugia 1979 (seconda edizione a cura di N. PICARDI - R. MARTINO, Cacucci, Bari 2008).

² Cfr. N. PICARDI, *L'educazione giuridica, oggi*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3/2008, pp. 365 ss.

In Germania, la formazione accademica del giurista del diciannovesimo secolo è rigidamente concettuale e deve offrire i fondamenti scientifici ed istituzionali, lasciando l'addestramento pratico ad una fase successiva, amministrata dagli ordini professionali. L'influsso della dogmatica giuridica, altrimenti definita «giurisprudenza dei concetti» (*Begriffsjurisprudenz*), non riguarda solo l'orientamento sistematico dell'interpretazione dottrinale, ma anche l'impostazione didattica, fondata sulla lezione cattedratica frontale e monologica.

In Italia, questo modello idealistico di privilegio della formazione teorica del giurista è ripreso dalla legge Casati del 1859 ma soprattutto dalla riforma Gentile del 1933, che accentua la preferenza per la promozione della cultura giuridica e della ricerca scientifica che ancor oggi si svolge solo nelle università e condiziona l'insegnamento accademico del diritto.

In Francia, all'opposto, le scuole giuridiche dell'Illuminismo assumono il compito di preparare i funzionari al servizio dello stato, limitandosi all'insegnamento dell'esegesi della codificazione napoleonica nell'Ottocento e ad accentuare nel Novecento la formazione professionale e pratica dei tecnici dell'amministrazione pubblica, come dimostra la particolare notorietà raggiunta nella formazione *post lauream* dall'École National d'Administration.

In Inghilterra, infine, la spiccata rilevanza pratica dell'insegnamento del *common law* è documentata soprattutto dal monopolio della formazione del *barrister* e del *solicitor* che, sin dal Seicento, è affidata alle corporazioni professionali, quali le *Inns of Court* e la *Law Society*, con conseguente svalutazione della cultura giuridica accademizzante, che si occupa ancor oggi della formazione di base, e il privilegio pragmatico nella didattica del *case method* e dei processi simulati o *moot courts*.

Pertanto, la formazione scientifica di carattere prevalentemente teorico-culturale organizzata in Germania e in Italia conduce il giurista ad essere interprete della norma positiva e, dunque, a diventare essenzialmente un diligente studioso; la formazione pratica di carattere prevalentemente professionalizzante predisposta in Francia e in Inghilterra (e, per conseguenza, nell'intera Gran Bretagna e negli Stati Uniti) porta il giurista ad essere un tecnico della norma positiva e, quindi, a diventare principalmente un abile burocrate.

Questa contrapposizione, confermata anche oggi dal ordinamento didattico degli atenei europei³, svela il difetto reciproco dei due modelli formativi: la preferenza per la ricerca scientifica e il disinteresse per le professioni forensi nel modello tedesco e in quello italiano; il privilegio della formazione professionalizzante e l'indifferenza per l'approfondimento culturale nel modello francese e in quello anglosassone.

Peraltro, la denunciata bipartizione dei modelli formativi di insegnamen-

³ Cfr. G. FLORIDIA, *La formazione del giurista per l'esercizio delle professioni*, in *Iustitia*, 2/2006, pp. 237 ss.

to del diritto nell'Europa contemporanea non è soltanto l'esito ideologico di metodi contrastanti che non intendono rinnovarsi, ma è anche il risultato di condizionamenti economici e sociali che stanno modificando gli studi accademici e la formazione professionale: da un lato, premono le esigenze di ricerca scientifica e di *fundraising* delle università, chiamate a raggiungere i vertici delle classifiche nazionali ed internazionali; dall'altro lato, emergono le richieste della prassi professionale, che impone l'abilità nel risolvere casi giuridici attraverso l'uso delle tecnologie informatiche e cibernetiche e con le procedure alternative di risoluzione dei conflitti, come la negoziazione o la *business administration*⁴.

Concettualismo accademico e tecnicismo forense

Nell'odierna dottrina sulla didattica giuridica, la dissociazione tra preparazione astratta e formazione pratica è avvertita criticamente sia da chi propone correttamente la necessità teorica di una scienza della formazione giuridica che rifletta sui fondamenti della didattica, concepita soprattutto come insegnamento degli esiti della ricerca⁵, sia da chi indica giustamente la rilevanza pratica delle tecnologie informatiche nell'apprendimento delle abilità del giurista, rimarcando la prevalenza del saper fare sul sapere puramente concettuale⁶.

È indubbio che il duplice e simmetrico paradigma sopra delineato, che contrappone oggi il concettualismo accademico al tecnicismo forense sulla base dei contrastanti paradigmi di educazione del giurista europeo sviluppatosi in età moderna, abbia un fondamento culturale e sia radicato in una visione dogmatica e assiomatica della didattica giuridica.

Infatti, entrambi i modelli formativi (che talora contrappongono gli studiosi dell'accademia da una parte e i professionisti del foro dall'altra) si pretendono apodittici ed esclusivi e sono il frutto di un doppio eccesso, poiché escludono di considerare che la formazione culturale e l'avviamento alla professione del giurista debbono essere unificate in un percorso comune di apprendimento conoscitivo e di addestramento pratico perché costituiscono due facce della stessa medaglia.

In particolare, appare evidente che la struttura concettuale tipica delle facoltà giuridiche accademiche tende a separare il diritto dall'esperienza e a formare uno studioso che possiede buone conoscenze teoriche ma astratte, mentre la configurazione pragmatica della formazione specializzante tipica delle corpora-

⁴ Cfr. J.M. SMITS, *Three Models of Legal Education and a Plea for Differentiation*, in *China-EU Law Journal*, 3/2014, pp. 55-63.

⁵ Cfr. O. ROSELLI, *La "Scienza della formazione giuridica" e le nuove metodologie didattiche*, in AA.VV., *Simulazione interattive per la formazione giuridica. Didattica del diritto, tecnologie dell'informazione, nuovi modelli di apprendimento*, a cura di D. GIULI - N. LETTIERI - N. PALAZZOLO - O. ROSELLI, E.S.I., Napoli 2007, pp. 13 ss.

⁶ Cfr. G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna 2008.

zioni professionali tende a ridurre la cultura all'abilità e a costituire un tecnico che ha acquisito valide competenze pratiche ma contingenti.

Il dogmatismo metodologico di questa visione frantumata degli studi di giurisprudenza si manifesta nella didattica che, da un lato, si cristallizza nell'esposizione del diritto positivo o di una logica pura, distante dalla vita forense e volta a formare veri "matematici" della norma, e che, dall'altro lato, si limita alla divulgazione d'una particolare abilità tecnica, lontana dalla ricerca accademica e diretta a formare autentici ingegneri legali.

Sicché oggi nelle accademie e negli studi professionali si verifica l'indubbia capacità dello studente o del praticante avvocato di trovare il dato normativo e giudiziale, grazie anche all'ausilio di strumenti informatici e telematici, ma appare totalmente insufficiente la capacità di organizzare il ragionamento o di argomentare intorno alle plausibili soluzioni della singola fattispecie giuridica concreta.

Il tecnicismo del giurista pratico è l'esito di un'aporia teoretica, del tutto manifesta nell'età postmoderna, nella quale si pretende dogmaticamente che tutto sia contingente e si assolutizzano l'efficienza e l'utilità della decisione giuridica⁷, con la conseguenza che il professionista legale resta così asservito al potere che stabilisce i formalismi procedurali e divulga gli usi giudiziari a colui che si riduce ad un mestierante del foro, esito inevitabile della trascuranza del fondamento dell'attività defensionale⁸. Infatti, l'antinomia fra sapere e saper fare entro le Facoltà giuridiche, che stanno transitando in Italia dalla loro originale vocazione umanistica ad un orientamento tecnico-funzionale, deriva altresì dalla perdita di unità e di centralità statuale del diritto, giudicata come perdita di un senso complessivo e come manifestazione di nichilismo giuridico⁹.

La frammentazione del diritto in molteplici settori disciplinari privi di comunicazione tra loro ha trasformato la specializzazione professionale in tecnicismo asettico, assolutizzando l'efficienza e l'utilità della decisione del giudice e riducendo l'assistenza defensionale dell'avvocato ad una procedura burocratica. La cultura dell'argomentazione critica, tipica della riflessione forense, è abbandonata, sicché il giurista si riduce ad un mero compilatore di giurisprudenza e l'avvocato ad un mestierante del foro, mero conoscitore dei formalismi procedurali e degli usi giudiziari¹⁰. Questo atteggiamento superficiale ha condotto

⁷ Cfr. F. CAVALLA, *Pena e riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, in AA.VV., *Pena e riparazione. Cultura moderna e interpretazione classica*, 2, a cura di F. CAVALLA - F. TODESCAN, Cedam, Padova 2000; F. D'AGOSTINO, *La giustizia tra moderno e postmoderno*, in *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2000, p. 141.

⁸ Cfr. F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Retorica, processo, verità*, FrancoAngeli, Milano 2007, p. 84.

⁹ Cfr. N. IRTI, *La formazione del giurista nell'Università del «saper fare»*, in *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 71.

¹⁰ Cfr. F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Retorica, processo, verità*, FrancoAngeli, Milano 2007, p. 84.

ad un “diritto inesistente”, ossia alla perdita d’identità del diritto vigente, che i giuristi pratici spesso presuppongono di conoscere operando nel proprio mondo professionale senza bisogno di scoprirlo¹¹. Infatti, è evidente che nell’epoca contemporanea il diritto non è più identificabile con la sovranità statale o con la codificazione positiva, ma è ampiamente sconfinato¹² negli ordinamenti sovranazionali e transnazionali o, meglio, trasversali, come la *lex mercatoria*, che nella preponderante civiltà digitale è diventata *lex informatica*¹³, prodotta da contratti e arbitrati coordinati dalle migliori *law firms*.

Istruzione teorica e formazione pratica

Nel modello accademico italiano, la preferenza per la ricerca e il disinteresse per la didattica, pur essendo totalmente incompatibili con l’università di massa, si evincono dal taglio comunemente dato ai corsi e dall’analisi dei libri di testo adottati, sebbene sia evidente l’esigenza di indicare prospettive di rinnovo della metodologia d’insegnamento¹⁴.

Le lezioni istituzionali delle materie giuridiche perseguono il diffuso obiettivo, peraltro rintracciabile anche nei Paesi di *common law*, di «spiegare il diritto allo stato in cui è quando il manuale va in stampa»¹⁵, riservando alle esercitazioni la soluzione di casi controversi che, per la maggior parte, non sono proposti dall’esperienza forense oppure utilizzano il precedente giudiziale come protocollo regolativo della fattispecie.

Invero, nella vigente definizione della classe del corso di laurea magistrale in giurisprudenza (deliberata con d.m. 25 novembre 2005 n. 27703), il legislatore italiano ha stabilito l’ordinamento didattico delle Facoltà giuridiche indicando alcuni obiettivi formativi qualificanti che tengono conto dell’opportunità di coniugare approfondimento teorico e addestramento pratico.

In particolare, si è stabilito che i laureati in giurisprudenza devono:

- aver conseguito elementi di approfondimento della cultura giuridica di base nazionale ed europea, anche con tecniche e metodologie casistiche, in rap-

¹¹ Cfr. M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Edizioni Ets, Pisa 2010.

¹² Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2007.

¹³ Cfr. A. MEFFORD, *Lex Informatica. Foundations of Law on the Internet*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 5, Iss. 1, Article 11, 1997; J.R. REIDENBERG, *Lex Informatica. The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, in *Texas Law Review*, 76, 3, 1998; E. MAESTRI, *Lex informatica*, E.S.I., Napoli 2015.

¹⁴ Cfr. F. LOMBARDI, *Prospettive per una nuova metodologia nella didattica*, in AA.VV., *L’insegnamento del diritto oggi*, a cura di G. REBUFFA - G. VISINTINI, Giuffrè, Milano 1996, p. 246.

¹⁵ P.S. ATIYAH - R. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford University Press, Oxford 1987, p. 394.

porto a tematiche utili alla comprensione e alla valutazione di principi o istituti del diritto positivo;

- possedere capacità di produrre testi giuridici (normativi e/o negoziali e/o processuali) chiari, pertinenti ed efficaci in rapporto ai contesti di impiego, ben argomentati, anche con l'uso di strumenti informatici;
- possedere in modo approfondito le capacità interpretative, di analisi casistica, di qualificazione giuridica (rapportando fatti a fattispecie), di comprensione, di rappresentazione, di valutazione e di consapevolezza per affrontare problemi interpretativi ed applicativi del diritto.

Come è noto, è in fase di discussione il progetto di revisione del corso di laurea magistrale in giurisprudenza, in relazione non solo alle nuove esigenze delle professioni legali, ma anche alla crisi degli studi giuridici dovuta al calo delle immatricolazioni e alla poco brillante condizione occupazionale dei laureati in giurisprudenza rispetto ad altri settori¹⁶.

Nelle università italiane, poi, la formazione giuridica *post lauream* è attualmente perseguita dalle scuole di dottorato di ricerca, che si propongono uno scopo di perfezionamento culturale e di verifica dell'attitudine alla ricerca scientifica; dai *master*, che mirano a trasmettere esperienze specialistiche di approfondimento scientifico e pratico; dalle scuole di specializzazione per le professioni legali, istituite con d.m. 27 dicembre 1999 n. 531, che intendono raggiungere un obiettivo pratico e professionalizzante per l'istruzione comune di avvocati, magistrati e notai.

Nelle principali corporazioni professionali, infine, si svolge un addestramento separato e quasi sovrapposto, con un intento pratico e specializzante: infatti, le scuole del notariato e le scuole forensi, istituite anche tramite fondazioni o associazioni da molti consigli degli ordini degli avvocati ai sensi e per gli effetti dell'art. 43 della legge 31 dicembre 2012 n. 247, hanno assunto una funzione integrativa del tirocinio che, per i magistrati, si svolge invece dopo il superamento del concorso abilitativo.

In ogni caso, è evidente che questo schema rimarca l'antitesi sopra delineata del percorso formativo del giurista italiano, con prevalenza della trasmissione del sapere dogmatico-istituzionale durante il corso di laurea, che dovrebbe avere uno scopo istruttivo di base, e dell'addestramento dell'abilità professionale nel percorso successivo, che dovrebbe svolgere una funzione specializzante.

La didattica giuridica informativa

A riconferma della comune origine culturale, ad un tempo razionalista ed empirista, del duplice metodo di preparazione accademica del giurista, si noti che in entrambi i modelli (teorico nozionistico e pragmatico professionalizzante) il

¹⁶ Cfr. R. CASO, *Il diritto non abita più qui: la crisi degli studi giuridici tra dati e domande*, in *Trento Law and Technology Research Group*, Research Paper n. 25, 2016.

procedimento didattico presuppone una concezione normocentrica del diritto, concepito e insegnato come un insieme di regole secondo un percorso formativo che ne presuppone l'interpretazione o l'applicazione.

Nell'accademismo razionalista, questo equivoco nasce dall'accoglimento nella metodologia didattica della concezione normativista del positivismo giuridico formalistico. Appare sul punto pertinente riproporre anche in questa sede un'acuta ma sempre attuale osservazione formulata da Sergio Cotta, secondo il quale «di fronte alle inquietudini attuali dei giuristi e alla vastità delle trasformazioni in atto nella società, c'è chi, per strano che ciò possa sembrare, resta fermo alla ottocentesca concezione giuspositivistica»¹⁷.

Nel tecnicismo empirista, la formazione giuridica si riduce alla comunicazione del dato utile e attinge alla concezione pragmatica del realismo giuridico che, peraltro, è solo apparentemente antitetica alla ancor oggi dominante visione normocentrica del diritto. In questa prospettiva, diffusa nell'esperienza giuridica inglese e soprattutto in quella americana, il diritto si sostanzia nell'insieme delle effettive decisioni giudiziali delle Corti che, in quanto fissano regole particolari e concrete, assumono il carattere di prescrizioni vincolanti per la giurisprudenza (principio dello *stare decisis*), allo stesso modo delle norme di legge in un ordinamento di *civil law*.

Questa visione accentra il sapere giuridico sulla conoscenza delle regole e presuppone una didattica informativa, diretta alla trasmissione seriale e continua di contenuti concettuali al discente, che subisce passivamente le cognizioni esposte dal docente secondo lo schema causale del sillogismo deduttivo e, dunque, del discorso ordinato e sistematico¹⁸.

Pertanto, la didattica del diritto si presenta in una forma: concettuale, perché basata sull'illustrazione astratta delle norme positive e della loro interpretazione dottrinale e giudiziale; sistematica, perché fondata sulla struttura gerarchica e formalistica delle norme appartenenti all'ordinamento giuridico; sequenziale, perché articolata in fasi espositive scandite da una classificazione formalistica che presuppone un'apodittica preminenza delle norme sulla loro applicazione forense; descrittiva, perché puramente narrativa degli istituti giuridici che disciplinano fattispecie prestabilite, apparentemente astratte dall'esperienza conflittuale dei rapporti sociali.

Gli innegabili e speculari difetti di questa metodologia didattica, del tutto evidenti nell'attuale esito della formazione accademica del giurista europeo, sono dati dalla mancanza di competenza pratica se si applica prevalentemente il primo modello e dalla carenza di approfondimento culturale se si applica maggiormente il secondo, con conseguente riduzione (ormai indubitabile) del livello di preparazione dei laureati in giurisprudenza che si avviano alle professioni legali.

¹⁷ Cfr. S. COTTA, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna 1968, p. 153.

¹⁸ Cfr. M. MANZIN, *Ordo iuris. La nascita del pensiero sistematico*, FrancoAngeli, Milano 2008.

Dunque, appare un errore scegliere uno solo dei due modelli formativi e resta inevitabile trovare una mediazione tra gli aspetti comuni che, in entrambi i paradigmi, garantiscano un'osmosi tra teoria e pratica, fra studio giuridico e addestramento forense.

Da un lato, il positivismo giuridico contemporaneo potrà custodire il proprio significato didattico quando l'ordinamento è concepito ed esposto in forma critica¹⁹: infatti, l'insegnamento del diritto non si riduce all'esposizione della norma positiva, ma è critica del diritto²⁰, che è un fenomeno *ab origine* libero da qualunque potere e, in particolare, autenticamente indipendente dal potere dello Stato²¹.

Dall'altro lato, il pragmatismo giudiziale non potrà ridursi alla mera trasmissione di dati per la soluzione di casi concreti, dovendo necessariamente tener conto della natura intellettuale dell'attività del giurista pratico, chiamato al colloquio con un uditorio specializzato e ad acquisire una cultura che oltrepassa gli angusti confini dell'asettico tecnicismo giudiziario largamente diffuso nelle accademie e nei tribunali del nostro tempo.

La didattica giuridica performativa

La mediazione unificante tra teoria e prassi può essere offerta da una metodologia didattica non solo informativa, ma anche performativa²².

L'insegnamento del diritto, che per sua natura si manifesta in un'azione dinamica e non in un concetto statico, non può limitarsi al trasferimento al discente della conoscenza della regola, ma deve estendersi al coinvolgimento del medesimo nell'apprendimento del metodo di soluzione del caso controverso.

Una metodologia didattica performativa impone la partecipazione attenta dell'uditore all'attività di comunicazione del sapere, in quanto non costituisce un'attività il cui scopo è esterno al suo prodursi come fare (*poiein*), ma realizza il proprio fine nello stesso atto in cui si propone come agire (*práttein*), in base alla nota distinzione etica risalente ad Aristotele²³.

Provocando nell'uditore l'attenzione e la riflessione al caso controverso, che necessariamente induce alla scelta tra opposte alternative, il docente trasforma il proprio insegnamento, che non è semplicemente un'esposizione concettuale assimilabile dalla memoria, ma diventa anche un avvenimento che implica un movimento dell'intelligenza che affronta la problematicità del diritto.

Questa impostazione consente di perseguire negli studi di giurisprudenza

¹⁹ Cfr. AA.VV., *Il positivismo giuridico contemporaneo: una antologia*, a cura di A. SCHIAVELLO - V. VELLUZZI, Giappichelli, Torino 2005.

²⁰ Cfr. A. FOGLIA, *Quale didattica per quale diritto? Una proposta tra teoria e didattica del diritto*, Casagrande, Bellinzona 2003, pp. 100 ss.

²¹ Cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari 2003.

²² Cfr. J.L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole*, a cura di C. PENCO - M. SBISA, Marietti, Genova 1997.

²³ Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea* VI, 4, 1140 a. 1-23.

almeno due obiettivi formativi, che caratterizzano anche l'identità didattica della filosofia del diritto²⁴: la natura interdisciplinare dell'ordinamento giuridico sul piano teorico, che consente di superare gli steccati dei settori scientifici; la proiezione professionale del sapere giuridico sul piano pratico, che consente di avvicinare lo studente all'esperienza del problema controverso.

Ne deriva che, in questa concezione, la logica della didattica giuridica diventa necessariamente critica, perché si basa sull'esposizione di premesse sempre obiettabili, sottoposte alla contestazione e assunte come introduzione qualificante del discorso in quanto luoghi comuni, maggiormente accettabili dall'ascoltatore e, dunque, maggiormente resistenti alle obiezioni del medesimo.

Inoltre, la didattica giuridica performativa è anche argomentativa, perché si sviluppa attraverso ragionamenti sottoposti a confutazione, prefiggendosi il vaglio delle ragioni, destinate non solo a rafforzare la propria tesi ma anche e soprattutto a contrastare quella avversaria, e dialogica, perché si realizza nella lezione conversativa e attiva, attraverso l'uso di domande che provocano le risposte dell'uditorio.

Pertanto, la didattica giuridica può realizzare così la sua funzione cooperativa, perché mira a provocare il contraddittorio sugli opposti argomenti problematici proposti per risolvere un caso che, per la sua natura giuridica, è sempre controverso, presupponendo il coinvolgimento dei discenti nella comune attività di ricerca della soluzione del conflitto.

La didattica performativa permette di oltrepassare la tradizionale limitazione dell'insegnamento di diritto positivo, ridotta all'esposizione della disciplina, e consente di proporre l'apprendimento delle tecniche di ragionamento forense, addestrando il futuro giurista alla soluzione dei casi concreti proposti dall'esperienza sociale²⁵.

In particolare, gli obiettivi cognitivi della didattica giuridica potranno così essere raggiunti non mediante una logica didattica lineare, che prevede fasi progressive di apprendimento degli istituti giuridici secondo uno schema continuo e preordinato (come quello indicato dai concetti istituzionali), ma secondo una logica circolare, che procede all'indagine di singoli problemi secondo un programma discontinuo e indeterminato (come quello proposto dai casi controversi).

Educazione giuridica e processo

Il processo appare il fenomeno giuridico più adeguato per mediare la didattica teorica e la formazione pratica e per garantire la funzione formativa interdisciplinare e professionalizzante, essendo presente in tutti i rami del diritto ed

²⁴ Cfr. B. MONTANARI, *Filosofia del diritto: identificazione scientifica e didattica, oggi*, in AA.VV. *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi*, Giuffrè, Milano 1994, p. 139 s.

²⁵ Cfr. A. PADOA-SCHIOPPA, *Il modello dell'insegnamento del diritto in Italia*, in AA.VV., *L'insegnamento del diritto oggi*, a cura di G. REBUFFA - G. VISINTINI, Giuffrè, Milano 1996, p. 272.

essendo determinante per l'addestramento del giurista pratico. Infatti, l'accogli-mento critico di una metodologia didattica performativa conduce a considerare meglio difendibile nella formazione del giurista una prospettiva processuale, secondo cui momento specifico ed irrinunciabile dell'esperienza giuridica è la controversia, che si manifesta come aspetto ontologicamente (anche se non cronologicamente) originario rispetto alla regola la quale, appunto, soltanto nel processo trova la propria applicazione e interpretazione²⁶.

In questa concezione, la controversia tra una pretesa e un'opposta contesta-zione concretizza la realtà dell'ordinamento quando si organizza giuridicamen-te nel processo che, per sua intrinseca struttura, impone alle parti contendenti la discussione mediata e razionalmente controllata delle reciproche posizioni contrarie, offrendo a ciascuna di esse la facoltà non soltanto di affermare la propria tesi, ma anche e soprattutto di contraddire l'avversario in una lite desti-nata per espressa richiesta dei disputanti ad una composizione giudiziale.

Questo ambiente dialettico, nel quale matura la discussione critica, è la vera natura delle facoltà di giurisprudenza, che rappresentano i luoghi in cui apprendere la cultura della democrazia e il controllo del potere²⁷. L'azione proces-suale, fondata sul principio del contraddittorio, diventa un modello critico di educazione giuridica, il cui scopo è di rendere i discenti autentici *world citizens* attraverso lo studio delle arti liberali tipiche dei giuristi, come la dia-lettica e la retorica, e attraverso la formazione continua al ragionamento e alla discussione²⁸.

Pertanto, l'insegnamento del diritto assume un connotato performativo non soltanto quando oggetto della didattica è il processo, il cui svolgimento per-mette di presentare anche il diritto sostanziale attraverso un'esposizione casi-stica²⁹, ma soprattutto quando il soggetto della didattica imita le attività che si compiono nel processo, che originariamente è il metodo di soluzione organiz-zata del caso e che, pertanto, simula la logica di trasmissione del sapere con-cretamente adeguata alla fenomenologia dell'esperienza giuridica³⁰.

Infatti, l'efficacia pedagogica di una metodologia didattica attiva può mani-festarsi in molteplici procedimenti di apprendimento cognitivo basati sull'espe-

²⁶ Cfr. AA.VV., *Il diritto come processo. Principi e regole per la formazione critica del giuri-sta*, a cura di P. MORO, FrancoAngeli, Milano 2012.

²⁷ Cfr. J. PAUL, *Is Legal Education in Crisis? A Dean Responds*, in *The American Lawyer*, Sep-tember 17, 2015.

²⁸ Cfr. M. NUSSBAUM, *Education for Citizenship in an Era of Global Connection*, in *Studies in Philosophy and Education*, 21, 4, 2002, pp. 289-303.

²⁹ Cfr. R. CAPONI, *Metodologie pratico-applicative per la didattica del diritto processuale*, in AA.VV., *Simulazione interattive per la formazione giuridica. Didattica del diritto, tecnologie dell'informazione, nuovi modelli di apprendimento*, a cura di D. GIULI - N. LETTIERI - N. PALAZ-ZOLO - O. ROSELLI, E.S.I, Napoli 2007, pp. 42 ss.

³⁰ Cfr. AA.VV., *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, a cura di P. MORO, Edizioni Università degli Studi di Trieste, Trieste 2011.

rienza sociale, valorizzando la relazionalità del singolo all'interno del gruppo, come accade nell'analisi teorica e nella discussione pratica della controversia giuridica.

Fra i vari processi cognitivi che caratterizzano un'esperienza didattica attiva e che imitano lo studio preliminare del caso controverso e il dibattito giudiziale del medesimo favorendo l'apprendimento cooperativo (*cooperative learning*) si segnalano la discussione interattiva (*brainstorming*), la soluzione del conflitto cognitivo (*problem solving*), il lavoro di gruppo (*workshop*), il gioco di ruolo (*role playing*)³¹.

L'utilizzo di pratiche dialogiche nella esposizione e nella discussione di temi e problemi intrinsecamente controversi ha natura originariamente filosofica ed implica la costituzione nel gruppo discente di una comunità discorsiva che non si limita soltanto all'apprendimento passivo di un sapere e di una tecnica, ma che collabora attivamente all'indagine del problema controverso ed alla ricerca della sua soluzione³².

L'esercizio dialogico della confutazione e del contraddittorio con l'uditorio appaiono evidenti manifestazioni di attività processuali, tra le quali diventa determinante anche il momento della prova che, sotto il profilo didattico, si realizza nel momento della verifica del profitto. L'esame accademico appare l'indispensabile momento formativo per giudicare il merito, incentivare l'apprendimento, valutare la didattica e certificare la preparazione, ma deve svolgersi secondo i principi del giusto procedimento amministrativo, stabiliti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241³³: riaffiora chiaramente in questa fase dell'attività formativa la natura processuale e dialogica della didattica performativa che, nel momento della verifica del profitto, impone l'interazione tra docente e discente nel contraddittorio tra interrogazione e risposta.

La metodologia che consente di sviluppare nell'insegnamento del diritto forense gli elementi performativi della dialettica processuale è la retorica³⁴, che si svolge necessariamente nel quadro di un dialogo tra due interlocutori, ciascuno dei quali sostenga una tesi opposta rispetto a quella dell'altro non in una semplice conversazione, ma (similmente a quanto accade nel processo) nella discussione e nel confronto di posizioni contrastanti³⁵.

³¹ Cfr. AA.VV., *Esperienza e didattica. Le metodologie attive*, a cura di E. NIGRIS - S.C. NEGRI - F. ZUCCOLI, Carocci, Roma 2007.

³² Cfr. M. SANTI, *Fare filosofia in classe. Un approccio dialogico ispirato alla teoria dell'attività*, in AA.VV., *Insegnare filosofia. Modelli di pensiero e pratiche didattiche*, a cura di L. ILLETTERATI, Utet, Torino 2007, pp. 94 ss.

³³ Cfr. V.Z. ZENCOVICH, *Valutare gli studenti: perché, quando, cosa, come*, in AA.VV., *Come insegnare il diritto. Metodi, modelli, valutazione*, Giappichelli, Torino 2004, p. 72.

³⁴ Cfr. C. PERELMAN, *La réforme de l'enseignement du droit et la nouvelle rhétorique*, in AA.VV., *L'educazione giuridica. 1. Modelli di università e progetti di riforma*, a cura di N. PICARDI - R. MARTINO, Cacucci, Bari 2008, pp. 3 ss.

³⁵ Cfr. E. BERTI, *Logo e dialogo*, in *Studia Patavina*, 42/1995.

In questa visione, che unifica istruzione concettuale e formazione operativa, la didattica forense diventa un aspetto fondamentale nell'educazione del retore, chiamato a rispondere alla vocazione che gli è più propria e congeniale e che consiste nella difesa della libertà e della dignità umana³⁶.

³⁶ Cfr. F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Retorica, processo, verità*, FrancoAngeli, Milano 2007.

Argomentazione e linguaggio

(a proposito del gesto delle mani di Zenone di Cizio)

Umberto Vincenti

Associare i nomi per precisare

Se dobbiamo qui parlare di diritto la precisione avrebbe imposto di specificare il titolo e, dunque, di adoperare un paio di aggettivi qualificativi: qui l'argomentazione è l'argomentazione giuridica; e il linguaggio è il linguaggio normativo. Diversamente, argomentazione e linguaggio non aggettivati significano – indicano – una classe di fenomeni più ampia, più inclusiva, dentro la quale stanno certamente i nostri lemmi, argomentazione giuridica e linguaggio normativo, ma anche altre argomentazioni e altri linguaggi.

Il problema di fondo è però comune a tutti i processi cognitivi che si avvalgono del linguaggio; e dunque possiamo trattarne in generale, non senza avere sottolineato quanto appena constatato, magari sfiorando l'ovvio e, tuttavia, proprio perché ovvio, spesso dimenticato. Alludo a questo: che le parole possono essere più o meno caricate di capacità determinativa e la loro associazione – associazione di parole tratte dal linguaggio comune – può rendere una rappresentazione più o meno nitida, definita, precisa; e più sarà nitida, definita, precisa, più sarà capace di escludere e meno di includere, con la conseguente diminuzione del rischio di errore nella conoscenza o nella comprensione e, anche, di manipolazione astuta o truffaldina¹.

Linguisti al capezzale del linguaggio giuridico

Il linguaggio normativo è quello che sgorga dalle parole delle fonti di produzione del diritto; ma se sostituiamo l'aggettivo normativo con l'aggettivo giuridico otteniamo un lemma più inclusivo: giuridico è il linguaggio non solo delle fonti, ma anche quello dottrinale, giudiziale, forense o burocratico. Solo per confermare quanto appena osservato: la vaghezza delle parole del linguaggio comune può essere attenuata o, al contrario, incrementata se vi sia o meno una certa associazione di parole.

¹ Indubbiamente il linguaggio normativo, alla pari del linguaggio comune, è composto di termini "vaghi". Ma è possibile renderlo sufficientemente univoco attraverso un'attenta associazione di vocaboli vaghi in maniera da comporre «un messaggio complessivo che comprende solo una porzione determinata della realtà – cioè l'oggetto della comunicazione – mentre lascia ai margini tutto ciò che vi è di estraneo» (F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in F. CAVALLA (a cura di), *Retorica, processo, verità*, FrancoAngeli, Padova 2005, p. 28).

Consideriamo pure il linguaggio giuridico: a proposito di esso si dice, e dovrebbe essere così, che sia scaduto, impoverito, incapace di cogliere la complessità; e che, dunque, occorra porvi rimedio. A questo proposito sarà bene sgombrare il campo da un altro equivoco piuttosto comune.

Da un po' di tempo si è formata una consapevolezza abbastanza diffusa, quasi un *tópos*, che si può riassumere in questo modo: il diritto, almeno il nostro, è espresso attraverso le parole (il che non vuol dire che sia fatto di sole parole) che compongono un testo letterario a cui è consegnato un messaggio normativo. Ora i testi vanno scritti bene e altrettanto bene intesi: per fare ciò non basta la competenza strettamente specialistica degli esperti o tecnici legali dei nostri giorni, occorrono altre (molte) competenze, tra cui una certa padronanza della lingua nella quale il testo viene redatto e, comunque, letto. Competenze tutte che il miope, sprovveduto, incolto, monocorde specialista delle leggi dei nostri giorni (soprattutto in Italia) non ha o, almeno, mediamente non ha (o non avrebbe).

Ecco allora la necessità di ricorrere al linguista e alle sue indicazioni terapeutiche. E, similmente, allo studioso di retorica o al metodologo. Ma ne abbiamo davvero bisogno e, soprattutto, ci guariranno? Potranno farlo? A mio avviso, no. Il confronto con loro può essere interessante e stimolante; ma lascerà le cose come stanno. Magari ci sarà qualche bel convegno o ne potrà uscire (operazione già più difficile) qualche buon libro. Nulla di più. Perché?

Perché se il linguaggio giuridico è scaduto – e l'esperto legale fatica a scrivere bene e a capire altrettanto bene i testi giuridici – ciò è conseguente a una mutazione, direi antropologica: questo esperto o questo tecnico non è più un giurista perché non ne ha più la cultura e sempre più si presenta come un (mero) collezionista di regole. Ovviamente questa mutazione non è affatto casuale. Dipende dall'inadeguatezza delle nostre facoltà, scuole o dipartimenti giuridici (qui che varietà di nomenclatura!); e, soprattutto, della nostra scuola secondaria e primaria (e dai relativi programmi ministeriali)²: solo intervenendo seriamente in questi ambiti e, dunque, sui contenuti dell'istruzione impartita ai futuri studenti universitari e, particolarmente, ai futuri laureati in giurisprudenza, solo così si potrà (forse) sperare in un lento recupero della *sapientia* smarrita.

Da Eraclito a Zenone

La giurisprudenza è una forma di conoscenza delle condotte umane in funzione del loro governo per il tramite di regole. Quando sono scritte, le regole rappresentano un certo comportamento o un certo rapporto; e li normano e, di massima, prevedono una sanzione per il caso della trasgressione. Nella rappresentazione è espresso un atto di conoscenza: un'espressione di conoscenza

² In questa prospettiva è molto utile la lettura di L. SERIANNI, *L'ora d'italiano. Scuola e materie umanistiche*, Laterza, Roma-Bari 2012.

che può nascere dall'esperienza pregressa (ipotesi più frequente) o, anche, può instaurare una nuova esperienza. In un caso come nell'altro la rappresentazione normativa si pone come modello per il futuro: ha l'obiettivo dichiarato di predeterminare quel che dovrà accadere (se...)³.

Nella Grecia classica, tra il VI e il V secolo a.C., si è discusso molto sulla possibilità di assegnare alle cose del mondo (o ai fatti, alle vicende ecc.) dei nomi che vi corrispondessero, che ne fossero rappresentativi. La questione fu posta per primo da Eraclito: siccome la realtà è in continuo divenire non è possibile definirla con le parole, non è possibile trovare dei nomi appropriati per descriverla. Con il che non sarebbe nemmeno possibile la conoscenza; ma questa conclusione è confutata da Socrate, come leggiamo nel *Cratilo*.

Cratilo era un allievo di Eraclito di cui egli estremizza la posizione giungendo addirittura a negare, secondo la testimonianza di Aristotele, che sia possibile comunicare correttamente con le parole, essendo, semmai, preferibile affidarsi ai gesti ostensivi, anzi al semplice movimento del dito⁴. Per Socrate si può conoscere le cose attraverso altre cose, ma la conoscenza è ben possibile anche attraverso i nomi purché si prendano le mosse dalle cose (e non da altri nomi che sono piuttosto delle immagini); e si proceda poi distinguendo, cioè adoperando nomi diversi per significare cose diverse: «il nome [...] – leggiamo nel *Cratilo* – «è uno strumento per insegnare a distinguere la sostanza, come la spola il tessuto»⁵.

Ora, chi deve assegnare il nome alle cose ha il dovere di essere molto attento perché, se non voglia fuorviare la conoscenza, dovrà scegliere nomi corretti: corretto è quel nome – o quell'associazione di nomi o quella definizione – che riuscirà a rendere adeguatamente la rappresentazione di un oggetto. Per Socrate un legislatore è «un artefice di nomi»⁶: egli normerà attraverso le parole facendosi aiutare dal dialettico «se i nomi devono essere stabiliti bene»⁷.

Socrate è un dialettico e nei suoi dialoghi è indicato il percorso attraverso cui è possibile trovare nomi e definizioni corrette: si deve progressivamente distinguere ciò che è da ciò che non è per pervenire alla fine a un'espressione linguistica accettata da tutti e, dunque, incontrovertibile.

Possiamo ora avviarcì a comprendere quel che voleva significare Zenone, il fondatore della scuola stoica, attraverso la metafora visiva del gesto delle mani. Prima di trattarne sarà bene, però, ricordare l'impegno di questo filosofo nell'analisi dei processi cognitivi che si affidano al medio delle parole. Per Ze-

³ Su tutto ciò e, in genere, sui problemi qui presentati il riferimento migliore, nella letteratura giuridica italiana, è C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Cedam, Padova 1992, spec. pp. 115 ss.

⁴ ARISTOTELE, *met.* VII 5, 1010 a.

⁵ PLATONE, *Crat.* VIII, 388 c.

⁶ *Ibid.*, VIII, 389 a.

⁷ *Ibid.*, X, 390 d.

none noi conosciamo primariamente attraverso i sensi: traiamo delle percezioni, impressioni che ci giungono – giungono alla nostra coscienza – dal di fuori, suggestivamente denominate fantasia dagli Stoici, un termine che i Romani traducevano con *visum*, alla lettera “cosa veduta” nel mondo esterno e che ha l’attitudine, avendo noi la facoltà della memoria, di riaffacciarsi alla mente. Nella lingua italiana vi è il sostantivo rappresentazione; e, nel linguaggio giuridico, la rappresentazione è spesso denominata forma, come tipo o modello di condotta o rapporto umano che si ripresenta (si deve ripresentare) alla stessa maniera, con la stessa foggia, gli stessi elementi (hanno significato abbastanza simile e sono adoperati promiscuamente altri termini quali figura o istituto o categoria).

Le rappresentazioni o le forme sono come delle immagini e, se si finisca con il considerare solo le immagini, è facile che si conoscano, e si creino, apparenze fallaci: il pericolo grave è costruire, lavorando solo con le apparenze, delle combinazioni arbitrarie, il che è inaccettabile nel mondo del diritto, tanto più che l’arbitrio può essere, al limite, di un singolo decisore (il cui volere si impone alla controversia). Per questo proprio Zenone ammoniva a dar seguito a un paio di indicazioni metodiche: (1) le rappresentazioni affidabili sono solo quelle che sgorgano dal reale (e giungono a noi attraverso la mediazione dei sensi) e che conservano una relazione immediata e diretta con il reale⁸; ma ciò non basta perché (2) occorre che le rappresentazioni resistano al vaglio del ragionamento e, attraverso questo, siano accettate e approvate dialetticamente⁹, in un costante e serrato dialogo di tipo, possiamo dire, socratico.

Se ciò avvenga, allora la rappresentazione acquisisce un indice sufficiente di affidabilità per cui si può parlare di comprensione, «per analogia» – spiega Zenone – «con quelle realtà che si prendono con le mani»¹⁰. Ecco allora il gesto delle mani di cui riferiscono, con testimonianze perfettamente complementari, sia Cicerone sia Sesto Empirico: vediamole entrambe¹¹.

Cicerone narra che Zenone era solito aprire la mano destra e stenderne le dita per significare che tale era la rappresentazione: i sensi ci mettono in comunicazione diretta con il reale e da questo contatto ci derivano molte immagini. Poi, continua Cicerone, Zenone chiudeva poco a poco le dita a indicare l’avvio di un processo di selezione delle immagini (trasmesse dalle rappresentazioni): perché la conoscenza non può essere precipitosa, ma deve progredire lentamente trattandosi di distinguere (e separare) ciò che è da ciò che non è (l’apparente) tramite un assenso razionale e interiore che ci consenta di riconoscere

⁸ CICERONE, *acad. post* I, 40; II, 77; SEXTUS, *adv. math.* VII, 236 (i passi si trovano in R. RADICE (a cura di), *Stoici antichi. Tutti i frammenti*, Rusconi, Milano 2002, p. 30.

⁹ CICERONE, *acad. post.* I, 41 (in *Stoici*, cit., 32).

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Mi riferisco a CICERONE, *acad. pr.* II, 144 e a SEXTUS, *adv. math.* II, 7 (entrambi i passi si trovano in *Stoici*, cit., 34, 36 e, rispettivamente, 38), sui quali v. gli efficaci rilievi di C. BEDUSCHI, *Il “ius controversum” fra razionalità e giustizia*, in *Riv. dir. rom.*, X, 2010, p. 10.

come affidabile (o, anche, vera) una certa rappresentazione. Successivamente Zenone giungeva a chiudere completamente la mano e spiegava che così funzionava la comprensione. Infine, conclude Cicerone, Zenone avvolgeva con la mano sinistra il pugno e lo stringeva con vigore affermando che tale era anche la scienza, «di cui nessuno ha possesso tranne il sapiente».

Nella testimonianza di Sesto Empirico, Zenone si serve del gesto delle mani per distinguere la dialettica dalla retorica: quando si tratta di chiudere la mano – fuori di metafora, giungere alla comprensione e, semmai, alla scienza – occorre il linguaggio conciso e preciso della dialettica; ma quando si tratta di riaprirla – fuori di metafora, sovrapporre la rappresentazione prima acquisita alla cangiante realtà – si ricorre a tutta la potenzialità argomentativa della retorica, con il grave rischio, aggiungo, di compromettere la possibilità della conoscenza in concreto.

Dal reale alle categorie giuridiche: il procedimento dialettico

Si è qui già osservato che la rappresentazione normativa ha l'ambizione (e la volontà di potenza, *maxime* se legale) di porsi come modello (vincolante se legale) per il futuro. Ciò è comune alla rappresentazione scientifica che si è appropriata del segreto dell'oggetto che sta fuori di sé; ed essendosene appropriata ne dispone decidendo se e quando riprodurlo (e così fondando la ripetibilità di un fenomeno). Ma la rappresentazione normativa è ontologicamente diversa perché l'oggetto rappresentato non ha la regolarità del dato scientifico e, d'altra parte, la rappresentazione è consegnata ai limiti di un linguaggio non formalizzato (qual è il linguaggio normativo).

Le categorie giuridiche costituiscono l'esito del desiderio della giurisprudenza di farsi scienza: quella *iuris prudentia* che, secondo una famosa espressione di Savigny, vorrebbe, prendendo ad esempio i giuristi romani, quasi calcolare la misura dei rapporti umani attraverso i concetti giuridici da essa fissati attraverso l'osservazione della realtà sociale¹². A questo scopo quei giuristi si avvalevano del procedimento dialettico di matrice socratico-platonica che, osservando appunto i vari oggetti particolari, perviene ad individuarne una rappresentazione inclusiva che vale come genere; e, successivamente, passa ad operare una progressiva articolazione del genere, mediante divisione per differenze riscontrate tra i diversi oggetti inclusi, in una pluralità di specie. In tal modo tutto il diritto privato è stato organizzato "dialetticamente" (in greco *dialégo* significa distinguo, discuto, ragiono) a partire da tre categorie somme (*personae, res, actiones*) e poi distinguendo, secondo un criterio di razionalità, all'interno di esse attraverso divisioni successive.

Le categorie di vertice del diritto privato nascono dall'osservazione del reale: come negare che aprendo gli occhi la mattina, noi vediamo entità animate (gli uo-

¹² F.C. SAVIGNY, *Vom Beruf Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Hildesheim 1967, pp. 28 s.

mini) ed entità inanimate (le cose)? Poi, osservati i dati di realtà, cominciamo a ragionare e, inevitabilmente, a includere e a escludere: per esempio, chi è persona e chi non lo è? O, anche, progredendo nelle *divisiones*, chi è cittadino e chi non lo è?

Quel dialettico invocato nel *Cratilo*¹³ dovrà tradurre in parole corrette – in una rappresentazione normativa verbale – i dati percepiti dal reale da normare (e così “normalizzare”): occorrerà che sia preciso e che precisamente distingua quel che risulta da un certo modo di ragionare (questo è persona e questo no; questo è cittadino e questo no). La mano si distende e, poi, lentamente si chiude e l'altra mano rinserra il pugno chiuso: da qui l'esigenza che i discorsi normativi siano brevi, ponderati, precisi e sorretti dal riscontro con la ragione e, in politica, inevitabilmente con la volontà di chi abbia il potere nella comunità politico-sociale di cui trattasi.

Retorica versus dialettica: i confini dell'argomentazione

Se la dialettica conduce, attraverso il discorso breve (o brachilogico), ricercando selettivamente i nomi corretti, a definire ciò che è (*tí esti*), la “definizione” così ottenuta è destinata a far ritorno a quella realtà che pur l'ha generata. Il gesto delle mani di Zenone è la metafora visiva di questo viaggio di andata e ritorno: un percorso intellettuale di conoscenza che noi affidiamo alle parole e, possiamo ora aggiungere, alla loro interpretazione. Il ritorno al reale è guidato dalla retorica il cui vettore è l'argomentazione: questa mette in campo procedure discorsive volte a giustificare certi significati delle parole, a sostenere certe interpretazioni degli enunciati verbali che esprimono le rappresentazioni o definizioni normative.

Il retore non è il dialettico: egli non coltiva l'oggettività, ma la soggettività, non cerca l'universale ma difende un'opinione, alla brachilogia preferisce la macrologia. Quando il giurista romano Giavoleno scriveva che le definizioni giuridiche sono pericolose perché ci vuol poco a sovvertirle¹⁴ intendeva (anche) richiamare al retto esercizio del loro mestiere sia il legislatore che il retore; o, se si preferisce, chi scrive le definizioni e, più in generale, le regole giuridiche, da una parte e, dall'altra, chi le legge, le interpreta, ne invoca l'applicazione o direttamente le applica. Il primo soggetto dovrà essere linguisticamente rigoroso e preciso, dovrà saper ritagliare con le parole il reale; il secondo dovrà essere un lettore fedele e non un manipolatore di testi¹⁵.

¹³ Vedi alla precedente nota 6.

¹⁴ Dig. 50.17.202, sui cui v. i rilievi di C. BEDUSCHI, *Omnis definitio in iure periculosa? Profili romanistici*, in A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali in diritto penale*, Cedam, Padova 1996, pp. 50 ss. Su questo frammento e sulle definizioni in genere cfr. P. VOGLI, *Piccolo manuale di diritto romano*, I, *Parte generale*, Giuffrè, Milano 1979, pp. 489 ss.

¹⁵ Quale sarebbe il retore moderno, novello demiurgo platonico che «parte sempre dal modello di un testo precedente» e «lo manipola elaborando idee, argomentazioni, figure di

Le fonti romane ci hanno tramandato la vicenda del ritorno alla realtà della legge delle XII Tavole, una sorta di proto-codice del diritto occidentale, redatte da una commissione di decemviri (*legibus scribundis*) nel biennio 451-450 a.C. Le parole di quella legge componevano un discorso succinto, articolato in proposizioni brevi e, si direbbe, dal significato sufficientemente preciso. Ciò nonostante, la loro applicazione postulò l'interpretazione dei giuristi e il confronto argomentativo nei tribunali¹⁶. Ma per evitare il moltiplicarsi delle controversie sul significato delle parole della legge, con la conseguenza che ognuno avrebbe tentato di far dire a queste parole quel che egli volesse, furono composte e stabilite le formule delle azioni processuali ricorrendo ancora ad altre parole, ma dal significato certo¹⁷ e, diremmo oggi, non negoziabili: parole immodificabili.

La vicenda¹⁸ di questo monumento legislativo ha valore paradigmatico: perché il ritorno alla realtà delle parole della legge non può sovvertirle e così alterare o snaturare la realtà considerata dal legislatore; né è consentito combinare variamente le parole della legge al fine di creare realtà artificiali che il legislatore non aveva considerato.

Articulus impertinens non est admittendus

Nel discorso giuridico la relazione con il reale non dovrebbe mai essere persa di vista. Ma la posizione del legislatore è diversa da quella dell'interprete. Un legislatore ha il potere (legittimo) di negare la realtà e così costruire una realtà artificiale e parallela¹⁹: la realizzazione di un progetto politico può postulare un'azione legislativa del genere, anche se il riscontro di razionalità dovrebbe imporsi allo stesso legislatore (che, secondo un'opinione, dovrebbe essere giuridicamente obbligato a motivare le sue scelte e, dunque, a calcolare preventivamente vantaggi e svantaggi di una certa azione²⁰). Così, nel nome della dignità che dovrebbe accomunare egualmente tutti gli uomini, si può giungere

elocuzioni sulla base del modello testuale preesistente» (A. PLEBE - P. EMANUELE, *Manuale di retorica*, Laterza, Bari 1989, p. 176).

¹⁶ Dig. 1.2.2.5.

¹⁷ Dig. 1.2.2.6.

¹⁸ Sulla quale v. i rilievi di C. BEDUSCHI, *I profili giudiziari della fides*, in L. PEPPE (a cura di), *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, pp. 17 s. e nntt. 27-28.

¹⁹ Può sembrare a qualcuno che questo sia l'unico scopo del linguaggio normativo (così, per esempio, una linguista: lo scopo «non è rappresentare la realtà ma modellarla con parole con forza emotiva, e parole con funzione tecnica» – sostiene S. CAVAGNOLI, *Linguaggio giuridico e linguistica applicata: perché interagire*, in *Cultura e diritti*, 1/2012, p. 19). Ma non è così perché il linguaggio normativo potrebbe (anche) assumere la realtà proprio per come essa è, come dimostrano tante definizioni dei rapporti privatistici tradizionali (comodato, deposito ecc.) ove il diritto si pone piuttosto come specchio della realtà.

²⁰ P. RESCIGNO, *Tecnica giuridica e comunicazione nel processo legislativo*, in *Parl. reg.*, 12/2004, pp. 20 ss.

facilmente a negare la realtà per garantire pari diritti²¹. Nelle sue *Istituzioni* Giustiniano afferma che l'istituto dell'adozione ha come carattere ontologico l'imitazione della natura: siccome si tratta di instaurare artificialmente, tra adottante e adottato, un rapporto genitore-figlio, questa essendo la realtà, allora non è consentito che il più giovane adotti chi abbia più anni di lui²². Certamente un legislatore potrebbe in qualunque momento disporre che chiunque possa adottare chiunque, ma così facendo egli negherebbe la realtà (che non può non essere se non istituzionale) dell'adozione: se lo scopo dell'istituto giuridico è qui di creare artificialmente un rapporto di filiazione è comprensibile, e razionale, che esso debba ripetere i postulati naturali del rapporto generazionale tra padre e figlio. Il legislatore, se ne volesse prescindere, non dovrebbe più parlare di adozione perché il nome non sarebbe correttamente adoperato e occorrerebbe trovare un altro nome (corretto).

La posizione dell'interprete è, però, diversa. Egli ha di fronte a sé un testo normativo che, per lui, può essere più o meno vincolante; e non può prescindere. Se il testo è stato scritto da un legislatore che conosce il suo mestiere, il vincolo sarà alquanto intenso, a meno che proprio il legislatore non abbia inteso attribuire al giudice-interprete il potere di completare la norma: un'eventualità, quest'ultima, che (a parte il caso di rinvio diretto all'apprezzamento del giudice) dipende tutta dal grado di coerenza delle parole adoperate. Così una legislazione ricca di enunciati-principi concederà una discrezionalità elevata al giudice-interprete²³ quale egli, invece, non dispone se il testo sia articolato per regole e definizioni rese attraverso parole opportunamente scelte al fine di escludere quel che deve restare estraneo alla previsione di legge.

Comunque, la struttura di un ordinamento legale si fonda sulla presenza di un legislatore attivo e protagonista che vuole essere obbedito, anche dai giudici-interpreti. Come spiegava Savigny, il legislatore guarda a un certo rapporto sociale di cui deve saper cogliere «la più completa idea» a partire dalla quale egli dovrà poi costruire, per congruenza, il regime normativo; mentre l'ufficio dell'interprete sarà quello di impadronirsi di quest'idea che dovrà orientarlo nel leggere e nell'intendere con altrettanta congruenza il testo legislativo²⁴. Ora, siccome quell'idea sgorga dal reale, al reale l'interprete dovrà costantemente fare ritorno: quel viaggio di ritorno, a cui si è prima accennato, pone

²¹ Efficaci rilievi in proposito si possono leggere in A.A. SEMI, *La parità va oltre il modulo*, in *Corriere del Veneto*, 1 settembre 2013.

²² Inst. Iust. 1.11.4.

²³ Appunto perché i principi sono massime normative di portata tendenzialmente generale che, a differenza delle categorie, non costringono, ma orientano; e possono orientare anche verso direzioni tra loro opposte, a seconda del punto di vista in cui ha scelto di collocarsi il decisore (in quanto, come correttamente osserva P. Voci, *Piccolo manuale*, cit., p. 481, «i principi sono elementi fondati sull'opinione»).

²⁴ F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, I, Macchina del Tempo, Torino 1886, p. 67.

come necessità per l'interprete il riscontro con il reale a cui egli – proprio perché soggetto alla legge – non può accollare una regola incongrua rispetto all'idea che il legislatore aveva tenuto presente nel normare il rapporto sociale, specie se essa sia immanente al rapporto stesso, connaturato a questo. Si pensi al rapporto di comodato: un piacere che si fa a un amico di cui ci si fida e da cui ci si attende un comportamento leale. È questa realtà, o quest'idea, che il codificatore ha tenuto presente quando ha stabilito (art. 1810 c.c.) che, nel comodato-precario, il comodatario è tenuto a restituire la cosa «non appena il comodante la richiede». Ma l'ha tenuta presente la Suprema Corte di Cassazione quando, nel comodato immobiliare senza determinazione di durata, ha più volte ritenuto che il giudice possa stabilire, facendo applicazione di una regola generale qual è quella di cui all'art. 1183, primo comma c.c., un termine per la restituzione compatibile con il tempo necessario «per trovare altra situazione abitativa»²⁵? Se ne può dubitare, anche perché questa soluzione è la risultante di un combinato disposto ove una delle (due) regole, quella dell'art. 1183, in quanto generale è perfettamente estranea al rapporto di comodato, rispetto al quale la sua applicazione introduce una valutazione di congruenza difficilmente sostenibile o argomentabile.

Negli ordinamenti legali è proprio dall'interrelazione tra linguaggio e argomentazione che dipende il (retto) funzionamento del sistema. Vi sono dei limiti all'argomentazione: oltre ai limiti intrinseci alle procedure argomentative (che hanno un proprio statuto logico che ne condiziona la validità e ne evidenzia le possibili fallacie), ve ne sono altri, potremmo dire estrinseci, che si riferiscono al contesto nel quale l'argomentazione intende produrre i suoi risultati.

In un ordinamento legale l'argomentazione giuridica si propone principalmente in due contesti di riferimento: (1) il contesto delle regole (legali) vigenti; (2) il contesto sociale. Esiste anche un terzo contesto: (3) quello dei precedenti (interpretativi) che, però, in un ordinamento legale, non è mai cogente. Se, per dirla con il Socrate del *Cratilo*, il legislatore ha normato adoperando le parole corrette e così offrendo una rappresentazione precisa dell'oggetto, il margine dell'interprete è segnato dalla relazione di congruenza. Nella lingua latina il verbo *congruere* significa concordare, essere in armonia. È appunto questa relazione che qualunque interprete deve (obbligatoriamente) rispettare in ordine alle parole della legge, da una parte, e il rapporto o, più genericamente, la condotta umana, dall'altra: se ciò non avviene, l'argomento – e, dunque, l'*articulus* come proposizione normativa che se ne ricava per deduzione – è incongruo o non pertinente²⁶.

Così l'interprete cade in errore: la figura normativa da lui ricavata argomentando non è sovrapponibile alla figura legale (in geometria la congruenza

²⁵ Cass. 17 ottobre 2001, n. 12655. Ma v. già Cass. 10 agosto 1988, n. 4921, in *Giur. it.*, 1990, I, 139 (con mia nota).

²⁶ E, dunque, deve essere escluso dalla discussione (come spiega A. GIULIANI, *Il concetto classico di prova: la prova come "argumentum"*, in *Recueils Bodin*, XVI, Bruxelles 1964, p. 360).

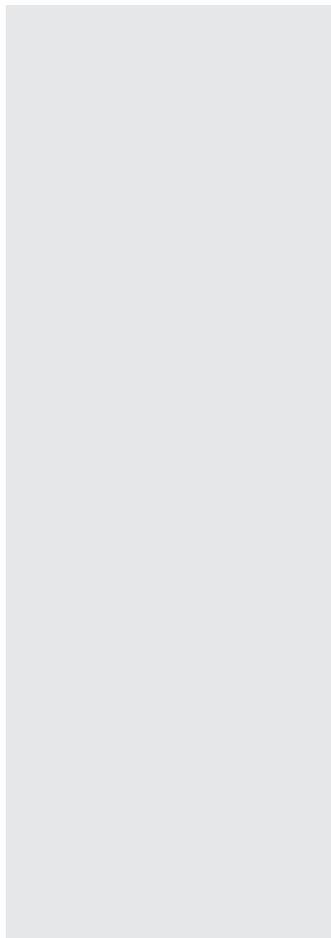
indica la possibilità della sovrapposizione sullo stesso piano). Può anche essere che l'errore sia voluto, cioè consapevole, se l'interprete mira a produrre comunque un certo risultato e ritenga la figura legale obsoleta, insufficiente, iniqua ecc. In ciò egli potrebbe essere molto agevolato attraverso l'appello ai principi e ai valori di cui sono ormai (fin troppo) ricchi, con una certa contraddizione sistemica, gli stessi ordinamenti legali: principi e valori di per sé vaghi, talora molto vaghi, e, spesso, conflittuali con altri principi e valori di segno opposto. Se questa è la tendenza diffusa nei nostri ordinamenti legali, si capisce la ragione che ha determinato una vera e propria crisi di sistema da cui è derivato non solo il maggior rilievo del potere giudiziario, ma anche l'acquisizione alla magistratura di prerogative del legislatore.

Oggi quella mano di Zenone non potrebbe né chiudersi né riaprirsi lentamente; né vi sarebbe il tempo perché il pugno potesse essere saldamente avvolto dall'altra mano. La metafora della conoscenza, anche della conoscenza normativa, non potrebbe essere più come il fondatore della scuola stoica ce l'aveva proposta: lo spazio temporale assegnato – che la contemporaneità ci assegna – consente solo l'incessante aprirsi e il subitaneo richiudersi di una mano a cui inevitabilmente sfugge anche solo la possibilità di comprendere le cose.

Il diritto continua sì ad essere consegnato alle parole, ma le parole che lo esprimono non ci danno certezze. Perché? A questo punto l'indagine diventa più da politologo che da giurista. Ma è il linguaggio normativo, quello delle fonti di produzione, a delimitare il campo entro il quale può esercitarsi l'argomentazione degli interpreti: parole precise, definizioni corrette, motivazioni dichiarate, tutto questo contiene – può contenere – la deriva macrologica dell'argomentazione giuridica (cioè retorica). Si tratta di un'illusione neo-illuminista? No, soprattutto se gli interpreti siano disposti – com'è loro dovere – a sorreggere il sistema e non si ingegnino, invece, a trovare i modi – anche le parole o i giri di parole – per sabotarlo.

Gli ordinamenti di tradizione romanistica hanno un'identità fatta più di regole che di principi; e non sono né giurisprudenziali né giudiziali. È un'identità che potrebbe anche non piacerci più; e allora prendiamone atto e nuovi spazi si apriranno. Ma occorrerà, per avere un prodotto normativo congruo, una modifica sistemica a cui si dovranno assolutamente accompagnare un nuovo linguaggio, una nuova educazione giuridica, soprattutto nuovi giuristi e nuovi giudici.

DIRITTO EUROPEO COMPARATO



Il diritto d'autore nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea

Giorgio Giannone Codiglione

La tutela del diritto d'autore sulle reti telematiche di comunicazione rappresenta una questione irrisolta sia in ambito nazionale che sovranazionale: gli assestamenti della giurisprudenza si succedono numerosi e contrastanti, come aspro e divisivo è il dibattito sulle scelte di politica del diritto che i legislatori hanno effettuato o sono in predicato di adottare¹.

In questo scenario, la Corte di giustizia dell'Unione europea ricopre un ruolo di fondamentale importanza, chiarendo i dubbi ermeneutici e garantendo un'interpretazione unitaria e coesa delle normative comunitarie che regolano questo settore.

Proprio nell'esercizio di questa attività, il giudice comunitario ha nell'ultimo decennio tracciato alcuni macro-filoni interpretativi che toccano trasversalmente alcune tra le tematiche più controverse del "nuovo" diritto d'autore, figlio della c.d. *digital abundance*.

Nelle pagine che seguono si tenterà di apprestare una rassegna dei più interessanti contributi della Corte di giustizia dell'Unione europea, nel tentativo di tracciare – confrontando e accostando i principî ivi affermati – un quadro delle attuali tendenze e dei punti di maggiore criticità.

Tutela del diritto d'autore e sistema dei diritti fondamentali sotto la "lente" della Corte di giustizia europea

Il primo campo d'indagine riguarda le violazioni del diritto d'autore in Internet attraverso tecniche di veicolazione, trasmissione e condivisione delle informazioni (dal *peer-to-peer* al *linking*, sino ad arrivare allo *streaming*).

Da decenni ormai le aule dei tribunali di tutto il mondo vedono contrapporsi i titolari dei diritti di privativa (sovente nelle vesti delle *collecting societies*) e i prestatori della società dell'informazione che offrono i servizi web attraverso cui tali violazioni vengono perpetuate (c.d. *Internet service provider*, o ISP).

¹ Per una più ampia riflessione sul tema v. S. SICA - V. D'ANTONIO, *The Balance of Copyright in Italian National Law*, in R. HILTY - S. NÉRISSON (a cura di), *Balancing Copyright - A Survey of National Approaches*, Springer, 2012 e, ancora, sia consentito rimandare a G. GIANNONE CODIGLIONE, *Copyright e diritto d'autore in rete: «bilanciamento interno» e «conflitto esterno» tra diritti fondamentali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 3, pp. 421 ss.

La Corte di giustizia, con le pronunce *Scarlet c. Sabam* del novembre 2011 e *Sabam c. Netlog* del febbraio 2012² ha consolidato un trend già avviato con la sentenza *Promusicae c. Telefónica*³.

Nel 2005, *Promusicae (Productores de Música Española)* chiede al Tribunale commerciale di Madrid di ingiungere al gestore *Telefónica* di rivelare l'identità e l'indirizzo fisico di alcuni abbonati, individuati attraverso l'indirizzo IP dei propri terminali di accesso alla rete. Secondo *Promusicae*, infatti, gli utenti avevano condiviso e scaricato ripetutamente *files* musicali protetti attraverso piattaforme di condivisione on line dei contenuti (quali *KaZaa*).

La società degli autori e degli editori spagnola aveva in precedenza provveduto a raccogliere gli indirizzi IP dei terminali sospetti e si era vista contestualmente rifiutare da *Telefónica* la richiesta di accesso ai dati degli abbonati.

Dopo una prima sentenza favorevole a *Promusicae*, la questione, giunta in appello è divenuta oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea.

Nel 2004 *Sabam* (la società belga degli autori ed editori) chiede al *Tribunal de première instance* di Bruxelles il blocco preventivo degli atti di *downloading* illecito di opere musicali facenti parte del proprio catalogo compiuti da alcuni utenti abbonati al fornitore *Scarlet*. La richiesta viene accolta e *Scarlet* condannata a bloccare gli scambi di *files* protetti. A sostegno della decisione, i giudici di primo grado richiamano una norma di legge che consente di adottare provvedimenti inibitori avverso gli intermediari i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare il diritto d'autore o un diritto connesso⁴.

Anche in questo caso l'ISP propone appello (*Cour d'appel de Bruxelles*), sostenendo l'impossibilità tecnico-pratica di predisporre un efficiente sistema di filtri tecnologici capace di interrompere gli scambi illeciti, oltre che ad obiettare sulla non conformità della norma nazionale alle direttive comunitarie, poiché «imponessa *de facto*, un obbligo generale di sorveglianza sulle comunicazioni veicolate dalla sua rete, posto che qualsiasi dispositivo di blocco o di filtraggio del traffico *peer-to-peer* presuppone una sorveglianza generalizzata su tutte le comunicazioni che passano per tale rete»⁵.

Anche la *Cour d'appel* belga, come nel caso *Promusicae*, solleva una questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia.

² CGE, sent. 24 novembre 2011, causa C-70/10 *Scarlet Extended SA c. SABAM*; CGE, sent. 12 marzo 2012, causa C-360/10, *SABAM c. Netlog NV*, entrambe reperibili in www.curia.europa.eu.

³ CGE, sent. 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae c. Telefónica de España SAU*, in *Racc.*, 2008, I-271.

⁴ La norma in oggetto è l'art. 21 della l. 11 marzo 2003, *Sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information*, che recepiva nell'ordinamento belga l'art. 15 della direttiva 2000/31, il quale, al primo comma recita: «nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite».

⁵ CGE, *Scarlet c. Sabam*, cit., par. 25.

Il caso *Scarlet c. Sabam* si collega strettamente alla causa intrapresa dalla stessa *collecting* belga contro il social network *Netlog*, chiamato in causa come *host provider* e accusato di aver ospitato sulle proprie piattaforme dei collegamenti ipertestuali (c.d. *link*), pubblicati dai propri utenti e aventi ad oggetto contenuti protetti.

In definitiva, *Sabam* chiedeva rispettivamente ai prestatori di servizi chiamati in causa l'imposizione di un obbligo di fare, consistente nella predisposizione di un «sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche realizzate tramite programmi per lo scambio di archivi (detti *peer-to-peer*), onde impedire gli scambi dei file che ledono i diritti d'autore»⁶ (caso *Scarlet c. Sabam*) e, ancora, lo svolgimento di un'attività di analisi delle informazioni stoccate nei propri server al fine di «impedire che siano messi a disposizione file in violazione dei diritti d'autore»⁷, attraverso il *linking* (caso *Sabam c. Netlog*).

Partendo da situazioni di fatto similari, il giudice comunitario è stato pertanto chiamato ad interpretare le normative vigenti risolvendo due quesiti fondamentali:

- a) è lecito fornire alle società degli autori e degli editori che ne facciano richiesta, i dati identificativi di utenti che hanno commesso dei presunti illeciti, al fine di facilitarne il riconoscimento nell'ottica della loro imputabilità?
- b) è legittimo obbligare gli ISP a sorvegliare attivamente in via preventiva ed indiscriminata le attività ed il traffico di dati prodotto dagli utenti, al fine di filtrare, bloccare e rimuovere un contenuto presumibilmente illecito?

La risposta resa dall'autorità giudicante si basa in via principale sul fatto che dalle normative in vigore e, in particolare dalla direttiva sul commercio elettronico⁸, non si evince in capo agli ISP alcun obbligo successivo di comunicazione dei dati personali, né si configura un dovere generico e preventivo di sorveglianza.

Nei *leading cases* citati si ribadisce altresì il principio per cui fatta salva la facoltà riconosciuta al legislatore nazionale di recepire le direttive comunitarie ed emanare norme a tutela della proprietà intellettuale che possano avere anche il carattere di «misure di autotutela tecnologica», lo stato membro, nello svolgimento di questa attività di recepimento, dovrà sempre garantire il «giusto equilibrio» tra i diritti fondamentali coinvolti da tali misure e, ancora, il rispetto dei principi generali dell'ordinamento comunitario, tra cui quello di proporzionalità⁹.

Nel rilevare la necessità di un temperamento equo e proporzionato degli interventi posti a tutela della proprietà intellettuale con gli altri diritti fondamentali, il giudice comunitario sottolinea che il diritto di proprietà intellettuale, pur contemplato dalla Carta dei diritti fondamentali all'art. 17, n. 2, non è

⁶ *Ibid.*, par. 2.

⁷ CGE, *Sabam c. Netlog*, cit., par. 2.

⁸ Art. 15, n. 1, dir. 2000/31/CE.

⁹ Cfr. CGE, *Promusicae c. Telefónica*, cit., par. 70.

intangibile, né assoluto. In quest'ottica, i presunti obblighi di sorveglianza ed intervento, collegati alle c.d. istanze di autotutela tecnologica, mal si concilierebbero – in un'ottica di bilanciamento e proporzionalità – con la tutela dei diritti alla privacy e alla segretezza nelle comunicazioni degli utenti, nonché con la promozione della libertà di informazione e della libertà di impresa riconosciuta ad i prestatori di servizi.

L'imposizione di un obbligo di comunicazione dei dati personali al fine di garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore nel contesto di un procedimento civile creerebbe una situazione di conflitto insanabile tra valori tutelati, non giustificata dalle norme sulla protezione dei dati personali degli utenti¹⁰.

La medesima situazione di conflitto è stata rilevata con riferimento alle istanze mosse dalla *Sabam*, con l'aggravante – sottolineata dai giudici del Lussemburgo – che il filtraggio preventivo allocherebbe sui prestatori di servizi un costo tale da incidere sul legittimo esercizio della libertà d'impresa.

Gli ISP verrebbero infatti obbligati «a predisporre un sistema informatico complesso, costoso, permanente e unicamente a sue spese, il che risulterebbe peraltro contrario alle condizioni stabilite dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2004/48, il quale richiede che le misure adottate per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale non siano inutilmente complesse o costose»¹¹.

Le decisioni citate riportano in una posizione di preminenza i diritti degli utenti a vedere rispettata la propria privacy, almeno ove l'illiceità della condotta non sia stata ancora acclarata da un'autorità giudicante. Inoltre, sul prestatore di servizi che svolge attività di hosting, non grava un generale obbligo di sorveglianza, in ossequio all'art. 14, n. 1, lett. b) della direttiva 2000/31/CE¹², per

¹⁰ A tal proposito, è opportuno ricordare che prima ancora che in sede comunitaria, il conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali era stato risolto in maniera analoga dal giudice di merito italiano. Cfr. Trib. Roma, 22 novembre 2007, *Wind c. Peppermint Jam Records*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1329, per cui «la tutela delle persone fisiche, con riguardo al trattamento dei dati personali, è prevalente rispetto alle esigenze probatorie di un giudizio civile teso all'accertamento della lesione del diritto di sfruttamento economico del diritto d'autore, deve escludersi l'applicabilità dell'art. 156-bis l. 633/41, in tema di identificazioni dei soggetti implicati nell'illecito, e dell'art. 24 d.lgs. 196/03 al trattamento dei dati personali relativi alle comunicazioni elettroniche e telematiche tra privati, per finalità connesse alla tutela dei diritti soggettivi dei privati».

¹¹ CGE, *Sabam c. Netlog*, cit., par. 48.

¹² «Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: [...] non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso». Pare a tal uopo utile riproporre anche il considerando 46 della direttiva sul commercio elettronico per cui: «Per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni

cui solo nel caso in cui esso venga a reale conoscenza dei fatti, dovrà attivarsi prontamente per rimuoverne le conseguenze pregiudizievoli.

Il progressivo ricorso a forme di intervento diretto sulle condotte pregiudizievoli che prescinde dal ricorso alle autorità giurisdizionali¹³ e il generale spostamento della tutela dei diritti in Internet su un piano globale e multi-livello ingenera dall'altra parte un problema di effettività delle normative comunitarie cui sempre più spesso si pone rimedio attraverso l'approccio casistico connesso all'applicazione del criterio dell'equo bilanciamento tra diritti fondamentali.

Tale tecnica di risoluzione dei conflitti ha certamente il pregio di sostenere e ridare vigore al ruolo del diritto comunitario nel processo di armonizzazione e promozione di valori condivisi dagli stati membri, ma in assenza di un intervento di rimodulazione delle normative di settore maggiormente sensibile alla molteplicità degli interessi coinvolti nell'atto di accesso ad Internet, può prestarsi ad esiti talvolta discordanti e contraddittori. Ad esempio, sempre in tema di tutela del diritto d'autore in rete, una diversa pronuncia della Corte si è espressa in maniera parzialmente difforme rispetto agli esiti del caso *Promusicae*¹⁴.

La Corte di giustizia ha difatti considerato legittima la richiesta di un singolo cittadino svedese di vedere applicata la disciplina sulla tutela del diritto d'autore vigente nel proprio paese, nella parte in cui si prevede che il titolare di opere protette possa ingiungere all'ISP di comunicare gli indirizzi IP e le generalità di soggetti anche solo fortemente sospettati di aver violato il diritto d'autore (e non dunque che abbiano commesso una violazione accertata), ai fini della loro identificazione e citazione in giudizio¹⁵.

deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite. La rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale. La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni o della disabilitazione dell'accesso alle medesime».

¹³ Parallelamente alla nascita di un "nuovo" diritto di Internet di matrice prettamente giurisprudenziale, si diffonde la predisposizione di strumenti di reazione alle attività illecite di matrice privata ed autoregolamentativa, adottati dai prestatori di servizi sul modello delle c.d. procedure di *notice and take down* poste a tutela del copyright negli Stati Uniti. Si pensi ad esempio alla sentenza della Corte di giustizia resa nel caso *Google Spain*, in cui si è riconosciuta la facoltà degli utenti di richiedere direttamente al motore di ricerca la deindicizzazione di un determinato risultato riguardante la propria persona, ove esso sia ritenuto contrario all'esercizio dei diritti alla riservatezza ed alla protezione dei dati personali. CGE, Grande sez., sent. 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain, Google Inc. c. AEPD, Costeja González*, in *Dir. inf.*, 4-5/2014, pp. 535-562.

¹⁴ CGE, sent. 19 aprile 2012, causa C-461/10, *Bonnier Audio c. Perfect Communication*, in www.curia.europa.eu.

¹⁵ CGE, *Bonnier Audio c. Perfect Communication*, cit.: «Le direttive 2002/58/CE [...] e 2004/48 devono essere interpretate nel senso che non ostano ad una normativa nazionale,

Copia privata ed equo compenso

La nozione di equo compenso è stata introdotta nell'ordinamento comunitario con la direttiva 2001/29/CE, parallelamente alla nascita della disciplina della c.d. copia privata. Si è voluto in tal modo prevedere in seno al sistema di limitazioni all'esercizio del diritto d'autore una eccezione che, da un lato, permette ad un possessore legittimo di una copia dell'opera di riprodurla per uso privato e non ai fini commerciali e, dall'altro, dispone il riconoscimento di una somma a titolo di equa remunerazione in favore dei titolari dei diritti¹⁶.

La disciplina dell'equo compenso, piuttosto generica nella sua definizione comunitaria, ha mantenuto tale peculiarità anche nei vari ordinamenti nazionali lesinando non pochi problemi interpretativi con riguardo all'entità delle somme da destinare agli autori, alle modalità di prelievo e, soprattutto, con riferimento ai soggetti sui quali dovrebbe insistere tale obbligo di pagamento.

La Corte ha affrontato e chiarito alcuni dubbi in tre differenti sentenze.

Nella causa C-467/08¹⁷, la *Sgae* (società degli autori ed editori spagnola) contestava alla *Padawan*, società operante nel ramo della commercializzazione di memorie vergini (CD, DVD, lettori mp3), il versamento riguardante il prelievo per copie private per il periodo compreso tra gli anni 2002 e 2004.

La *Padawan* era condannata in primo grado, ma in appello i giudici rinviavano la questione alla Corte di giustizia europea.

Nel sistema spagnolo, la disciplina dell'equo compenso per copie private individua quali debitori i fabbricanti e ancora i distributori, grossisti e rivenditori al dettaglio di apparecchi, dispositivi e supporti materiali idonei a realizzare le riproduzioni realizzate esclusivamente per uso privato. Inoltre, il compenso determinato «per ogni singola modalità di riproduzione, in base agli apparecchi, dispositivi e supporti materiali idonei a realizzare tale riproduzione, fabbricati sul territorio spagnolo o acquistati al di fuori di esso ai fini della loro distribuzione commerciale o della loro utilizzazione sul territorio medesimo»¹⁸.

Nello specifico, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sia sull'interpretazione della nozione di equo compenso da corrispondere ai titolari dei diritti d'autore in rapporto alle istanze di armonizzazione delle normative nazionali e di equilibrio tra i soggetti interessati, sia ancora sulla legittimità del sistema spagnolo di prelievo per copia privata.

Tale normativa, infatti, disponendo e imponendo il prelievo in maniera indi-

come quella oggetto della causa principale, nella parte in cui tale normativa consente al giudice nazionale, dinanzi al quale sia stata proposta, da parte di un soggetto legittimato ad agire, domanda di ingiunzione di comunicare dati di carattere personale, di ponderare, in funzione delle circostanze della specie e tenuto debitamente conto delle esigenze risultanti dal principio di proporzionalità, i contrapposti interessi in gioco».

¹⁶ Art. 5, n. 2, lett. b), dir. 2001/29/CE.

¹⁷ CGE, sent. 21 ottobre 2010, causa C-467/08, *Padawan SL c. SGAE*, in *Racc.*, 2010, I-10055.

¹⁸ CGE, *Padawan c. Sgae*, cit., par. 12.

scriminata su tutti gli apparecchi, non sarebbe stata compatibile con i principi affermati dalla direttiva 2001/29/CE, «difettando una corrispondenza adeguata tra l'equo compenso e la limitazione del diritto per copia privata che lo giustifica, posto che esso viene applicato in misura significativa a situazioni disomogenee in cui non sussiste la limitazione di diritti che è a fondamento del compenso economico»¹⁹.

La Corte ha *prima facie* rilevato che la nozione di equo compenso deve essere intesa in modo uniforme in tutti gli Stati membri che hanno introdotto l'eccezione per copia privata, «a prescindere dalla facoltà riconosciuta agli Stati medesimi di determinare, entro i limiti imposti dal diritto dell'Unione, segnatamente dalla stessa direttiva, la forma, le modalità di finanziamento e di prelievo nonché l'entità di tale equo compenso»²⁰.

Nel modulare la propria risposta i giudici del Lussemburgo hanno inoltre statuito che l'ammontare dell'equo compenso deve essere calcolato seguendo il criterio del pregiudizio causato dall'introduzione dell'eccezione per copia privata agli autori delle opere protette.

Dando seguito al criterio del giusto equilibrio tra gli interessi coinvolti, è apparso legittimo individuare nei produttori e distributori di apparecchiature per la riproduzione le figure dei soggetti debitori, partendo anche dal presupposto che sarebbe stato quasi impossibile applicare e rendere effettivo l'obbligo di pagamento dell'equo compenso nei confronti dei reali debitori, ovvero delle persone fisiche che realizzano di fatto la copia dell'opera protetta senza richiedere alcuna autorizzazione al titolare dei diritti.

Pertanto, all'interno di questo sistema, i singoli utenti si trasformano da debitori reali a debitori indiretti, sui quali produttori e distributori (ovvero i debitori diretti), ripercuotono l'onere dell'adempimento dell'obbligo di pagamento.

Chiariti tali punti, la Corte ha chiosato affermando che deve comunque sussistere un nesso tra l'applicazione del prelievo per copie private ad apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione digitale e il presunto uso degli stessi ai fini di realizzazione di copie private. In questo senso, non è stata ritenuta conforme alla direttiva 2001/29/CE l'applicazione indiscriminata del prelievo anche a dispositivi non messi a disposizione degli utenti e manifestamente riservati ad usi diversi dalla realizzazione di copie ad uso privato²¹.

¹⁹ *Ibid.*, par. 19.

²⁰ *Ibid.*, par. 32.

²¹ Su questo tema si segnala che ad esempio in Francia è stata adottata una nuova normativa sulla copia privata (*Loi n. 2011-1898 du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée*), recentemente validata anche dal *Conseil Constitutionnel*. Essa stabilisce che siano solo le persone fisiche a pagare per la copia privata (al momento dell'acquisto di qualsiasi supporto digitale per l'archiviazione dati esse verranno informate della somma destinata all'equo compenso), mentre esclude le aziende private o gli enti pubblici, i quali potranno chiedere il rimborso dell'imposta, o nel caso di grossisti essere esonerati già dal momento dell'acquisto.

Nel caso *Opus*, un'azienda tedesca che vende in particolare nei Paesi Bassi, attraverso contratti negoziati a distanza, apparecchiature e supporti per la riproduzione, è stata chiamata in causa dalla *Stichting*, organismo olandese incaricato della riscossione del prelievo per copia privata²². In sostanza, l'azienda tedesca non corrispondeva le somme destinate all'equo compenso né in Germania né in Olanda; oltretutto, i prezzi dei prodotti non comprendevano la quota destinata alla copia privata.

L'espedito utilizzato dalla *Opus* consisteva nel fatto che gli ordini e le spedizioni venivano interamente processate in Germania per conto degli acquirenti finali, i quali dunque, secondo la tesi difensiva dell'azienda, dovevano essere considerati importatori e dunque legittimati passivi dell'obbligazione di pagamento.

La Corte ha confermato l'indirizzo della sentenza *Padawan*, soprattutto con riguardo ai rapporti tra debitore diretto ed indiretto dell'equo compenso. Si è inoltre affermato che in capo agli Stati membri sussiste un'obbligazione di risultato, consistente da un lato nel garantire l'effettiva riscossione dell'equo compenso e, dall'altro, nel dover provvedere a che gli autori delle opere protette ricevano tale indennizzo, a titolo di risarcimento dal pregiudizio causato.

Nel caso in commento si è specificato come non rilevi – ai fini del prelievo per copia privata e del perseguimento di tale obbligo di risultato – il fatto che l'azienda venditrice sia stabilita in uno Stato membro diverso da quello in cui risiedono gli acquirenti finali. Vista la difficoltà di riscuotere un simile compenso presso questi ultimi, dovrà essere il giudice nazionale a interpretare la normativa rendendone possibile la riscossione presso i soggetti che agiscono in qualità di venditore professionale (c.d. debitori indiretti).

Infine, con la sentenza resa nelle cause riunite C-457/11 e 460/11²³, la Corte ha esteso l'ambito operativo della normativa sull'equo compenso anche alle società produttrici di apparecchi per la riproduzione mediante uso di qualsiasi tipo di tecnica fotografica o di altro procedimento avente effetti analoghi, reputando così produttivi di effetti gli atti di riproduzione posti in essere mediante l'uso di una stampante o di un personal computer, nel caso in cui tali dispositivi siano collegati tra loro.

In questo senso, la nozione di “debitore diretto” è estesa anche ai produttori di personal computer, con lo scopo di ripartire in maniera equa e proporzionata l'incidenza dell'obbligo di corresponsione dell'equo compenso per copia privata.

²² CGE, sent. 16 giugno 2012, causa C-462/09, *Stichting de ThuisKopie c. Opus Supplies Deutschland GmbH*, in www.curia.europa.eu.

²³ CGE, sent. 27 giugno 2013, cause C-457/11 e C-460/11, *VG Wort c. Kyocera, Epson, Xerox, Canon e Fujitsu Technology Solutions, Hewlett-Packard c. VG Wort*, in www.curia.europa.eu.

La nozione di comunicazione al pubblico

Il moderno concetto di comunicazione al pubblico trae fondamento nell'ordinamento comunitario dall'art. 3 della direttiva 2001/29/CE, che lo riconosce in maniera espressa quale diritto esclusivo di autorizzare o vietare la messa a disposizione delle opere delle quali detengono i diritti al pubblico.

Le disposizioni comunitarie introducono così una nuova facoltà di sfruttamento economica maggiormente calzante rispetto al nuovo paradigma tecnologico, lasciando ampia discrezionalità agli stati membri con lo scopo di poterla adattare alle tecniche di diffusione e condivisione delle opere dell'ingegno, con particolare riferimento alla distinzione tra comunicazione al pubblico e comunicazione tra privati²⁴.

La c.d. vicenda *Premier League*²⁵ trae origine dall'iniziativa della proprietaria di un pub inglese consistente nella diffusione all'interno del suo locale delle partite di calcio della *Premier League* inglese, utilizzando un decoder satellitare fornito da un'emittente radiotelevisiva greca, licenziataria in via esclusiva per la Grecia di tutti i diritti connessi alla trasmissione al pubblico via satellite dei predetti incontri sportivi.

La Corte, chiamata a decidere la questione, ha stabilito che l'art. 56 del TFUE «osta ad una normativa di uno Stato membro per effetto della quale siano illecite l'importazione, la vendita e l'utilizzazione, nello Stato membro medesimo, di dispositivi di decodificazione stranieri che consentano l'accesso ad un servizio codificato di radiodiffusione via satellite proveniente da un altro Stato membro contenente oggetti protetti dalla normativa di tale primo Stato»²⁶, anche quando il decoder sia stato attivato fornendo false generalità ovvero venga utilizzato per scopi commerciali quali per esempio, la diffusione di incontri di calcio all'interno di un locale pubblico nonostante sia stato fornito per uso esclusivamente privato.

Pertanto, le clausole inserite nei contratti di licenza esclusiva tra le Federazioni calcistiche e gli enti di radiotrasmissione al fine di vietare a queste ultime la vendita dei propri decoder al di fuori del territorio oggetto della licenza – ed il conseguente obbligo contrattuale a carico degli acquirenti di tali decoder di

²⁴ In Italia, ad esempio, l'art. 15 comma 2, l.d.a. non considera pubblica «la esecuzione, rappresentazione o recitazione dell'opera entro la cerchia ordinaria della famiglia, del convitto, della scuola o dell'istituto di ricovero, purché non effettuata a scopo di lucro» e, ancora, il comma 3 così recita: «non è altresì considerata pubblica l'esecuzione, rappresentazione o recitazione dell'opera nell'ambito normale dei centri sociali o degli istituti di assistenza, formalmente istituiti, nonché delle associazioni di volontariato, purché destinata ai soli soci ed invitati e sempre che non venga effettuata a scopo di lucro».

²⁵ CGE, Grande sez., 4 ottobre 2011, cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League Ltd e altri c. QC Leisure e altri e Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd*, in www.curia.europa.eu.

²⁶ CGE, Grande sez., *Premier League*, cit., par. 125.

non utilizzarli al di fuori di detto territorio – costituiscono una illecita restrizione della concorrenza vietata dall'art. 101 TFUE.

La Corte, nell'analizzare il caso ha però toccato altri due aspetti di notevole interesse: in primo luogo, si è affermato che un incontro di calcio non può essere qualificato come un'opera dell'ingegno. Solo se previsto dagli ordinamenti degli stati membri, esso può essere infatti considerato meritevole di una tutela analoga a quella riservata alle opere protette dal diritto d'autore, a condizione che tale tutela risponda al principio di proporzionalità.

Inoltre, la funzione sottesa alla tutela della proprietà intellettuale non deve coincidere con la garanzia "in ogni caso" della facoltà di chiedere il più alto compenso possibile, ma, invero deve assicurare ai titolari dei diritti solo un "adeguato e ragionevole" compenso dallo sfruttamento commerciale dei contenuti.

Per ultimo, i giudici si sono occupati della problematica attinente al concetto di comunicazione al pubblico. Da un'attenta lettura della direttiva 2001/29/CE, pur non essendo reperibile una precisa nozione di comunicazione al pubblico, si ravvisa l'intenzione del legislatore di intendere in un senso ampio tale concetto (si veda il ventitreesimo considerando della dir. cit.²⁷).

I giudici hanno così reputato un atto di comunicazione al pubblico l'attività esercitata dal proprietario di un bar-ristorante che trasmette volutamente opere radiodiffuse, mediante uno schermo televisivo ed altoparlanti, a clienti presenti nel proprio locale, ponendo però alcune condizioni:

- l'opera in oggetto deve essere trasmessa ad un pubblico "nuovo" ovvero ad un pubblico che non sia stato preso in considerazione dagli autori delle opere protette nel momento in cui hanno autorizzato l'utilizzazione delle opere stesse mediante comunicazione al pubblico di origine (nella fattispecie i detentori di apparecchi radiotelevisivi che individualmente o nell'abito della propria sfera privata o familiare ricevano e seguano le trasmissioni);
- l'opera radiodiffusa deve essere trasmessa ad un pubblico non presente nel luogo in cui le comunicazioni hanno origine (ad esempio con riferimento alle rappresentazioni ed esecuzioni pubbliche, ove gli spettatori siano in contatto fisico o diretto con l'autore o l'esecutore delle opere stesse).

Si è infine evidenziato anche il carattere lucrativo della comunicazione in oggetto, poiché «incide sulla frequentazione del locale e, in fin dei conti, sui suoi risultati economici»²⁸.

²⁷ Direttiva 2001/29/CE, considerando n. 23: «la presente direttiva dovrebbe armonizzare ulteriormente il diritto d'autore applicabile alla comunicazione di opere al pubblico. Tale diritto deve essere inteso in senso lato in quanto concernente tutte le comunicazioni al pubblico non presente nel luogo in cui esse hanno origine. Detto diritto dovrebbe comprendere qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione, e non altri atti».

²⁸ Cfr. art. 11, comma 1, della Convenzione di Berna. A tal proposito interessante appare una recentissima pronuncia della Cassazione penale (n. 7051/2012) secondo cui un gestore di un

Con riferimento alla nozione di pubblico non presente nel luogo in cui le comunicazioni hanno origine, la Corte di giustizia ha in altra sede statuito che le opere musicali comunicate al pubblico nell'ambito di spettacoli circensi e di cabaret, poiché eseguite direttamente, integrano l'elemento di contatto fisico e diretto e dunque in tali ipotesi «il pubblico, contrariamente a quanto richiesto dalla seconda frase del ventitreesimo “considerando” della direttiva 2001/29, è presente nel luogo di provenienza della comunicazione»²⁹.

Sempre sul medesimo tema si sono espresse le decisioni gemelle del 15 marzo 2012, in cui vengono affrontate le specifiche questioni dell'equa remunerazione per l'utilizzo del fonogramma e quelle riguardanti la nozione di “utente” e di “comunicazione al pubblico” in alberghi e studi odontotecnici.

Nella prima decisione³⁰, riprendendo un'interpretazione avviata con la sentenza *Sgae c. Rafael Hotels*³¹, è stato considerato un utente che effettua un atto di comunicazione al pubblico, il gestore di un albergo che mette a disposizione dei propri clienti apparecchi televisivi o radio: pertanto egli sarà tenuto al versamento di un'equa remunerazione per la riproduzione del fonogramma³², in aggiunta a quella versata dall'emittente radiofonica³³.

bar che aveva diffuso una partita del campionato di calcio servendosi di un servizio *pay-tv* digitale terrestre di tipo “domestico” non commetterebbe il reato di diffusione di un servizio criptato in assenza di accordo con il distributore (art. 171-ter lett. e), l.d.a.), poiché, nel caso di specie non sussisterebbe dolo specifico, rappresentato dal fine di lucro. Il gestore del bar infatti non aveva dato alcuna pubblicità alla trasmissione dell'evento sportivo nel suo locale e non aveva chiesto nessun sovrapprezzo per la visione della partita ai pochi spettatori presenti nel locale. Nel pronunciarsi in tal senso i giudici della Suprema Corte non hanno comunque escluso le possibili conseguenze di tipo civilistico a carico del titolare del bar, avendo egli violato le condizioni del contratto di abbonamento con il gestore del servizio di *pay-tv*.

²⁹ CGE, sent. 24 novembre 2011, causa C-283/10, *Circ & Variete Globus București c. UCMR-ADA*, in www.curia.europa.eu.

³⁰ CGE, sent. 15 marzo 2012, causa C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited c. Irlanda*, in www.curia.europa.eu.

³¹ CGE, sent. 7 dicembre 2006, causa C-306/05, *SGAE c. Rafael Hotels*, in *Racc.*, 2006, I-11519.

³² L'istituto dell'“equa remunerazione” è disciplinato dall'art. 8, par. 2 della direttiva 2006/115/CE, il quale recita testualmente: «gli Stati membri prevedono un diritto per garantire che una remunerazione equa e unica sia versata dall'utente allorché un fonogramma pubblicato a scopi commerciali, o una riproduzione del medesimo, è utilizzato per una radiodiffusione via etere o per una qualsiasi comunicazione al pubblico, e che detta remunerazione sia suddivisa tra gli artisti interpreti o esecutori e i produttori del fonogramma in questione. In caso di mancato accordo tra artisti interpreti o esecutori e produttori di fonogrammi, gli Stati membri possono stabilire i criteri per ripartire tra i medesimi questa remunerazione».

³³ Corte di giustizia dell'U.E., sentenza C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited c. Irlanda*, cit.: «l'articolo 10, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/115, il quale prevede un'eccezione al diritto ad un'equa remunerazione di cui all'articolo 8, paragrafo 2, della medesima direttiva, quando si tratta di un'“utilizzo privata”, non consente agli

Nella seconda decisione³⁴ la Corte si è invece pronunciata sul caso del titolare di uno studio odontoiatrico privato che diffonde gratuitamente fonogrammi come sottofondo e all'esecuzione della propria attività professionale, indipendentemente dalla volontà dei propri clienti.

I giudici hanno dapprima ripercorso alcuni fondamentali passaggi ermeneutici attinenti la nozione di comunicazione al pubblico: oltre alle condizioni del pubblico nuovo e non presente sul luogo (già precedentemente descritte) si è fatto riferimento alla necessità che il termine pubblico, al fine di integrare le ipotesi di cui all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, debba essere inteso come «un numero indeterminato di destinatari potenziali», o ancora che ci si debba comunque riferire ad un numero piuttosto considerevole di persone³⁵; inoltre ai fini di determinare tale entità numerica «è rilevante non soltanto sapere quante persone abbiano accesso contemporaneamente alla medesima opera, ma altresì quante fra di esse abbiano accesso alla stessa in successione»³⁶.

Alla luce di tali riflessioni, si è stabilito che la diffusione di musica all'interno di uno studio dentistico operata dal titolare non deve essere considerata una comunicazione al pubblico e quindi che «siffatta diffusione non dà diritto alla percezione di un compenso in favore dei produttori fonografici»³⁷.

Tutela del software e circolazione dei diritti di sfruttamento

La direttiva 2009/24/CE, nel sostituire la precedente normativa comunitaria sui programmi per elaboratori (91/250/CE), ha ricompreso questi ultimi entro l'ambito di protezione concesso alle opere letterarie³⁸. Secondo la direttiva, per programmi per elaboratore debbono intendersi i «programmi in qualsiasi forma, compresi quelli incorporati nell'hardware; questo termine comprende anche i lavori preparatori di progettazione per realizzare un programma, a condizione che siano di natura tale da consentire la realizzazione di un programma per elaboratore in una fase successiva»³⁹.

Stati membri di esentare il gestore di un albergo, il quale effettua un atto di «comunicazione al pubblico» di un fonogramma, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, della citata direttiva, dall'obbligo di versare la remunerazione in parola».

³⁴ CGE, sent. 15 marzo 2012, causa C-135/10, *SCF c. Marco Del Corso*, in www.curia.europa.eu.

³⁵ Vedi anche CGE, sent. 2 giugno 2005, causa C-89/04, *Mediakabel*, in *Racc.*, 2005, I-4891; CGE, sent. 14 luglio 2005, causa C-192/04, *Lagardère Active Broadcast*, in *Racc.*, 2005, I-7199.

³⁶ Così CGE, *Sgae c. Rafael Hotels*, cit., par. 87.

³⁷ In maniera analoga di recente Cass. civ., sez. VI, ord. 8 febbraio 2016, n. 2468, *C.R. c. SCF*, in *dejure* (s.m.).

³⁸ Art. 1, comma 1, direttiva 2009/24/CE: «conformemente alle disposizioni della presente direttiva, gli Stati membri tutelano i programmi per elaboratore, mediante diritto d'autore, come opere letterarie ai sensi della convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie e artistiche. Ai fini della presente direttiva, il termine «programma per elaboratore» comprende il materiale preparatorio per la progettazione di un programma».

³⁹ Direttiva 2009/24/CE, considerando n. 7.

L'ampia formula adottata dal legislatore è stata oggetto di alcune interpretazioni della Corte.

In una prima decisione⁴⁰ si è ritenuto che l'interfaccia grafica utente non può essere equiparata ad un software⁴¹. Copiare un'interfaccia grafica utente da un altro programma non integrerebbe infatti un atto vietato: oggetto della riproduzione sarebbe difatti una mera interfaccia di interazione che consente la comunicazione tra il programma per elaboratore e l'utente.

La Corte ha chiosato sostenendo a che «ogni forma di espressione di un programma per elaboratore deve essere tutelata a partire dal momento in cui la sua riproduzione comporterebbe la riproduzione del programma per elaboratore stesso, consentendo così all'elaboratore di svolgere la sua funzione»⁴². Dato però che un'interfaccia grafica utente non presenta queste caratteristiche, essa non può godere della protezione garantita dalla direttiva 91/250/CE e neppure della tutela mediante diritto d'autore in quanto «opera», ai sensi della direttiva 2001/29/CE.

Ancora sulla nozione di programma per elaboratore, la Corte ha statuito che non sono tutelati dal diritto d'autore *ex art. 1 par. 2* della direttiva 91/250/CE, né la funzionalità di un programma siffatto né il linguaggio di programmazione e il formato di file di dati utilizzati nell'ambito di un programma per sfruttare talune delle sue funzioni⁴³.

È stata pertanto reputata legittima l'attività di osservazione, studio e sperimentazione del funzionamento operata da un soggetto che ha ottenuto in licenza una copia di un programma per elaboratore «al fine di determinare le idee e i principi su cui si basa ogni elemento di tale programma, allorché egli effettua operazioni coperte da tale licenza nonché operazioni di caricamento e svolgimento necessarie all'utilizzazione del programma e a condizione che non leda i diritti esclusivi del titolare del diritto d'autore sul programma di cui trattasi»⁴⁴.

Nella fattispecie la *SAS Institute Inc.* è una società che nel corso di un periodo di 35 anni ha sviluppato un insieme integrato di programmi informatici che consente agli utenti di effettuare un'ampia gamma di operazioni di elaborazione e di analisi dei dati, in particolare analisi statistiche, denominato «sistema SAS».

La *World Programming Ltd.*, utilizzando e studiando i programmi regolarmente acquistati della SAS per comprenderne il funzionamento, ha sviluppato

⁴⁰ CGE, sent. 22 dicembre 2010, causa C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, in www.curia.eu.

⁴¹ L'interfaccia grafica utente, o *Graphical User Interface* (GUI), è un tipo di interfaccia che consente all'utente di interagire con la macchina manipolando oggetti grafici convenzionali. Ad esempio il diffusissimo sistema di interazione tra utente e sistema operativo denominato *desktop* (scrivania), dal quale è possibile accedere a icone e cartelle, è un'interfaccia grafica.

⁴² CGE, *Bezpečnostní softwarová c. Ministerstvo kultury*, cit., par. 38.

⁴³ CGE, sent. 2 maggio 2012, causa C-406/10, *SAS Institute Inc, c. World Programming Ltd.*, in www.curia.eu.

⁴⁴ CGE, *SAS Institute c. World Programming*, cit., par. 62.

un software alternativo in grado di eseguire applicazioni scritte in linguaggio SAS, senza avere mai avuto accesso al codice sorgente dei moduli.

La Corte ha dunque constatato che non costituiscono una forma di espressione di un programma per elaboratore, né la funzionalità di tale programma, né il linguaggio di programmazione e, neanche, il formato dei file di dati utilizzati nell'ambito di un programma per elaboratore per sfruttare talune delle sue funzioni. Secondo le conclusioni dell'Avvocato generale, infatti, «ammettere che la funzionalità di un programma per elaboratore possa essere tutelata dal diritto d'autore equivarrebbe ad offrire la possibilità di monopolizzare le idee, a scapito del progresso tecnico e dello sviluppo industriale»⁴⁵.

In conclusione, la riproduzione di informazioni contenute nel manuale d'uso di un programma all'interno di un manuale di altro e diverso programma costituirebbe violazione del diritto d'autore solo qualora tale riproduzione rappresenti l'espressione della creazione intellettuale propria dell'autore del manuale.

Infine, pare opportuno segnalare una sentenza che ha dischiuso nuovi e affascinanti scenari nell'ambito della commercializzazione dei software usati⁴⁶.

La *Oracle* è un'azienda che sviluppa e distribuisce programmi per elaboratori, dei quali detiene i diritti esclusivi di utilizzazione: essi vengono distribuiti perlopiù via internet attraverso meccanismi che consentono il *download* diretto da parte del cliente o di gruppi di clienti (nel caso di specie i programmi erano forniti in licenza d'uso a gruppi di 25 utenti), il quale potrà trattenerne una più copie sulla memoria del proprio pc, scaricarla su un server e averne garantito l'accesso ogniqualvolta se ne abbia l'esigenza o ancora richiederne una copia fisica su CD-ROM o DVD. La *UsedSoft* invece commercializza licenze usate per programmi per elaboratori. In questo contesto, *Oracle* chiedeva l'ingiunzione alla cessazione delle pratiche poste in essere dalla *UsedSoft*.

La Corte ha statuito che è lecito l'atto di cessione posto in essere da un soggetto che, una volta acquistata la licenza d'uso a tempo indeterminato e l'autorizzazione al download di un programma per elaboratore, decida a sua volta di rivenderlo. Chi acquista il programma usato è parimenti considerato come un legittimo detentore di una copia di software.

Il trasferimento della licenza effettuato attraverso la vendita del bene da un soggetto all'altro comporta inoltre che la licenza non subisca uno sdoppiamento: l'acquirente originario non può più fruirne legittimamente e dunque dovrà provvedere alla eliminazione dalla memoria del proprio elaboratore. Inoltre, se l'oggetto della vendita è – come nel caso di specie – una licenza multi-utente, essa non può essere frammentata e venduta in singole parti ma dovrà necessariamente essere ceduta in blocco, senza così modificarne la natura originaria.

⁴⁵ CGE, *SAS Institute c. World Programming*, cit., Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, in www.curia.eu, p. 57.

⁴⁶ CGE, sent. 3 luglio 2012, causa C-128/11, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, in www.curia.eu.

In tal modo, la circolazione dei diritti di sfruttamento sui programmi per elaboratore è stata reputata un'operazione commerciale legittima, attraverso l'applicazione del paradigma giuridico dei beni materiali alle licenze su beni immateriali a componente informazionale, ampliando la sfera di autonomia privata attribuita ai singoli consumatori nell'ambito del commercio elettronico.

Tutela del diritto d'autore e istanze di cambiamento

A margine di questa breve rassegna sulla giurisprudenza comunitaria si è avuto modo di analizzare alcuni tentativi di rilettura del dato positivo alla luce dell'incessante sviluppo tecnologico, connessi altresì ad una costante tensione sociale verso la mutazione dei modelli giuridici di tutela delle opere dell'ingegno.

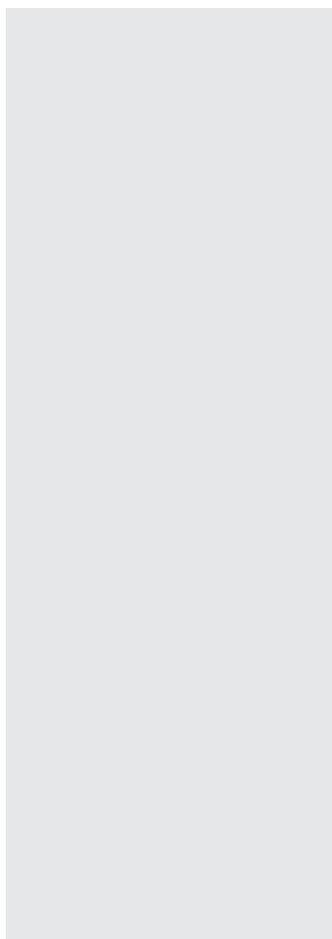
Il frequente ricorso al bilanciamento valoriale sotteso al perseguimento dell'equo contemperamento tra gli interessi coinvolti, sembra indicare la necessità di una rimodulazione della disciplina comunitaria del diritto d'autore secondo standard maggiormente sensibili alle enormi opportunità offerte dall'utilizzo delle tecnologie della comunicazione e dell'informazione.

Nell'attesa dell'imminente riforma della disciplina comunitaria in materia, in questo processo lento e difficile di confronto (e conflitto) tra istanze iperprotettive di diritti a matrice proprietaria e tentativi di giuridificazione degli interessi diffusi all'accesso alla conoscenza, un ruolo preminente è svolto dal formante giurisprudenziale, il quale perpetua – in maniera flessibile ed effettiva – l'esistenza e l'esercizio del diritto d'autore “vivente”.

Abstract

The paper deals with the role of ECJ's jurisprudence in the general debate on digital copyright reform. The need of protecting property rights, while ensuring access to knowledge, is therefore one of the most important challenges for the future of Information and Communication Technology law, in the light of a difficult balance between law effectiveness and growth of the fundamental rights of solidarity.

PROFESSIONI, CULTURA E SOCIETÀ



Sotto gli archi del processo

Giovanna Stanzone

Atto teatrale dell'udienza Thyssen

La scena è scura, l'attore inizia a parlare sul buio, è in un angolo del palco. Lentamente si accendono luci soffuse, illuminano una scenografia che riprende le forme dell'aula della Cassazione: un tavolo molto lungo a ferro di cavallo, la scritta sul muro in fondo in caratteri di bronzo "La legge è uguale per tutti" cui mancano delle lettere, in alto appesi con delle mollette a un filo per stendere i panni gli ingrandimenti delle foto dei volti dei 7 operai morti.

Ultimo atto del processo ThyssenKrupp. Udienda di Cassazione

Durante l'esposizione del Consigliere relatore, in aula sono presenti gli Avvocati e Professori, il Presidente e le Eccellenze della Corte, il procuratore generale, l'onda di fuoco alta 12 metri detta *flash fire*, i corpi carbonizzati di sette operai.

Sgocciola sinistramente l'olio termico dalla relazione del Consigliere, sgocciola sulla scrivania a ferro di cavallo dell'aula magna della Corte di cassazione. Se scoppiasse una scintilla, una lingua di fuoco avvolgerebbe il tavolo e i faldoni del processo, coprendo i giudici e il cancelliere alla vista del pubblico.

(A questo punto le luci si fanno più calde, dal giallo al rosso, e tremolanti a simulare il fuoco.)

Allarmati, gli avvocati, otto in tutto, seduti uno di fianco all'altro, dietro un lungo tavolo rettangolare, correrebbero a mettere mano agli estintori.

Estintori.

(Le luci tornano soffuse e immobili.)

E se non ci fossero gli estintori?

Come farebbero a spegnere gli eccellentissimi giudici della corte?

Quelle lunghe toghe nere paiono piuttosto infiammabili, come pure le sedie di legno foderate di uno scolorito cuoio rosso, come pure il grande tavolo a U che occupa il fondo dell'aula.

Si consumerebbero i capelli bianchi dei consiglieri, polverizzandosi sul cranio come farina.

Brucerebbe la cornice di legno che troneggia sul muro dietro al presidente, cadrebbero in terra una ad una le lettere di ottone contenute in essa: LA LEGGE È UGUALE PER TUTTI.

(Le lettere in scena cadono in terra una ad una.)

Ma tutto questo non accade.

(Si accendono tutte le luci sul palco, la scena diventa chiara, il tavolo con le toghe posate sulle sedie su cui dovrebbero esserci il presidente al centro, il procuratore a sinistra e il consigliere relatore a destra, le lettere cadute a terra.)

L'aula è una solita aula di cassazione, prima che il Consigliere relatore inizi a parlare.

Il Procuratore generale siede solitario al margine del tavolo a ferro di cavallo, con lo sguardo di grosso cane triste fisso nel vuoto e i baffoni spioventi. Non muterà mai, a nessun insulto degli avvocati.

I Signori Avvocati e Professori si pavoneggiano disordinati come volatili, girati gli uni verso gli altri, troppo grassi per spiccare il volo, contenti di raccattare grano per terra, contenti della loro stazza che li tiene ben saldi al suolo. Li osservano i loro pulcini, seduti ansiosi in prima fila, i giovani collaboratori, pronti a scattare a una richiesta, pronti a diventare come loro, con gli occhi avidi come volpi.

Entra la Corte, tutti in piedi. Gli avvocati si disciplinano, mettono su sguardi ipocriti da studenti del primo banco.

Il Presidente saluta, si scambiano frasi di circostanza, compiti, educati. Cerca con lo sguardo il Professore in mezzo a tutti gli altri. Lo trova. Gli fa un cenno. Deliziami, gli dice il suo sguardo. Mi annoio, il mondo è basso e un po' misero per uno arrivato a questi vertici, per uno arrivato alla mia età. Deliziami. Fammi riprovare quella scintilla.

Il Professore risponde allo sguardo e il Presidente è contento, perché il Professore ha gli occhi di fuoco.

La Giustizia ha sguardi miopi, nasi grossi e labbra leporine. La Giustizia ha zeta marcate come quelle di sua Eccellenza il Presidente ed erre mosce come quelle del Consigliere relatore.

L'aula, che è solo un'aula quando il Consigliere relatore inizia a parlare, poco a poco gela come lo stanzone umido e un po' squallido di una fabbrica di Torino.

(Di nuovo si fa buio, si sente uno sgocciolio in scena.)

Il Consigliere racconta con parole di acciaio.

Va avanti per quasi due ore, nel corso delle quali è come se si consumasse. È come se i sette anni di processo cadessero su di lui e si depositassero. Alla fine non è più freddo, non è più asettico, la voce si incrina, si affievolisce, la fronte suda copiosamente, deve fermarsi e bere periodicamente, sembra se stesso invecchiato di decenni.

Parla del processo di lavorazione dei rulli di acciaio nella linea di ricottura e decapaggio APL5, spiega il funzionamento di quelle grosse macchine piombate in aula, racconta la disposizione degli operai, spiega cosa siano i "pulpiti", i luoghi in cui stavano per controllare alcuni passaggi.

Dietro ogni passaggio, dietro ogni fase della lavorazione si annida la tragedia. Dove sarà? Come sarà? Quando accadrà? Chi può prevederlo?

(L'attore inizia a mimare i gesti di un operaio in una catena di montaggio sempre gli stessi ripetuti circolarmente.)

Chi può sapere quando un gesto che ti viene tanto naturale, tanto automatico, a un certo punto, un certo giorno non lo compirai, ti dimenticherai di farlo? Chi può sapere quando uno di quei piccoli incendi che scoppiavano giornalmente e venivano presto spenti diventerà un'onda di fuoco alta 12 metri che ti inghiottirà?

(L'attore si ferma, guarda su come stesse osservando qualcosa di molto alto.)

“Un'orribile mano dalle dita di fuoco che non lasciavano scampo”, la descriverà di lì a poco un avvocato in vena di immagini poetiche.

(Pausa. L'attore piano torna a guardare il pubblico.)

Chi può prevederlo? Già. Il problema sta tutto lì.

Noi sappiamo che succederà, noi aspettiamo il fuoco dietro ogni parola del Consigliere relatore. Prima o poi scoppierà, bisogna solo capire quando.

E loro? Lo aspettavano loro? I sette operai armati di estintori che si avvicinano all'ennesimo incendio per spegnerlo.

Come l'ha definita il Consigliere relatore? Una nuvola d'olio. Una nube d'olio idraulico si sprigiona dai tubi, come spray gettato sul fuoco, lo gonfia. Dodici metri, misura quasi quanto sette uomini stesi uno dietro l'altro.

Le parole fredde asettiche del Consigliere e d'improvviso il fuoco.

Esplosione nell'aula quei sette uomini che cercano di domare le fiamme.

(Rumori di fiamme, grida e richiami soffusi in sottofondo, l'attore mima a gesti lenti una lotta contro il fuoco. Poi si ferma.)

La cosa successe così: un tubo di alluminio, inserito nel solito nastro scorrevole, sulla APL5, sbanda, non è fissato bene. Qualcuno si è dimenticato di premere il pulsante per centrarlo oppure il meccanismo non ha funzionato. Urta contro le pareti, produce scintille. Un rotolo di carta oleata, che non doveva essere lì, prende fuoco, si stacca un pezzo incendiato e precipita al piano di sotto. Al piano di sotto, pozze di olio stagnante sgocciolato dai tubi che cadono a pezzi, si incendiano al contatto con la carta infuocata. Era da un po' che si erano fatti tagli sulla pulizia dei locali. Gli operai nei pulpiti non se ne accorgono. Quando qualcuno se ne accorge c'è già un rispettabile incendio, gli operai accorrono, tutti quelli che possono aiutare aiutano. È un altro dei tanti incendi che spengono giornalmente. La pompa dell'acqua non funziona, non ha abbastanza pressione, lo si sapeva ma si è provato lo stesso. Le lampadine di emergenza sono bruciate o mancano. I telefoni di emergenza sono muti, inservibili. Questo piccolo incendio pare restio anche agli estintori, uno non si è proprio aperto, lo hanno sostituito subito. *(Recitato velocemente e con ritmo.)*

E poi: *flash fire*, signore e signori. *(Flash di luci, l'attore alza le mani, forzatamente allegro come un presentatore di varietà, musicchetta gaia di sottofondo.)*

Lo chiamano così questo muro di fuoco dell'altezza di quattro piani di palazzo. *Flash fire*, un fenomeno che avevano ben studiato, anche i signori della Thyssen. Due convegni avevano dedicato alla sicurezza, vi avevano fatto capolino in entrambi. «Il calore del fuoco può provocare la rottura di alcuni dei flessi-

bili contenenti olio idraulico ad altissima pressione, determinando l'immediato diffondersi di una nube incendiaria.»

(Termina la musica. L'attore si fa serio.)

Flash fire e non c'è niente da fare per sette di quegli uomini. Dove puoi scappare da uno scoppio di fuoco di dodici metri?

Flash fire. Come se il termine tecnico fosse meno agghiacciante.

Non sono morti dilaniati da ustioni che gli hanno mangiato vivo il corpo in una lunga agonia fino alla morte. No, sono stati vittime di un *flash fire*. Suona spettacolare, il nome di un effetto speciale del cinema.

(Si spengono tutte le luci. Si riaccendono e l'attore è steso sotto una coperta, sdraiato sul tavolo dei giudici, solleva la testa, guarda il pubblico.)

Vi ricordate che cosa stavate facendo la notte tra il 5 e il 6 dicembre del 2007? Io non ricordo dove fossi, probabilmente dormivo tranquillo nel mio letto.

Alle ore 1 e 43 del mattino, invece, al 118 di Torino giungeva questa telefonata.

(Si ristende, le braccia dietro la testa, guarda in alto in attesa, dall'alto giungono le voci di due attori che recitano la registrazione della telefonata.)

VOCE FEMMINILE (REGISTRATA): - 118 Emergenza.

VOCE MASCHILE: - 118?

VOCE MASCHILE: - Pronto, buongiorno senta...

VOCE MASCHILE: - Le passo l'ambulanza, un attimo.

VOCE MASCHILE: - Sì, sì.

VOCE FEMMINILE (REGISTRATA): - Attendere prego. Centrale operativa, attendere prego. Centrale operativa, attendere prego. Centrale operativa, attendere prego.

VOCE MASCHILE: - Neanche il 118 risponde, porca puttana.

VOCE FEMMINILE (REGISTRATA): - Centrale operativa, attendere prego. Centrale operativa, attendere prego.

VOCE MASCHILE: - Oh, mai i Vigili non mi rispondono.

(Rumori in sottofondo.)

VOCE FEMMINILE: - 133.

VOCE MASCHILE: - Pronto, senta...

VOCE FEMMINILE: - Mi dica.

VOCE MASCHILE: - Sono della ThyssenKrupp in Corso Regina, senta è successo un incidente, ci sono tre o quattro ragazzi bruciati.

VOCE FEMMINILE: - Senta, in Corso Regina, dove?

VOCE MASCHILE: - La 400, di fronte alla... La ThyssenKrupp.

VOCE FEMMINILE: - La? Che ditta è la vostra?

VOCE MASCHILE: - La ThyssenKrupp in Corso Regina 400.

VOCE FEMMINILE: - ThyssenKrupp?

VOCE MASCHILE: - Il 118 ho chiamato.

VOCE FEMMINILE: - Cosa succede? Io ho già provveduto all'invio dell'ambulanza, cosa succede?

VOCE MASCHILE: - Eh, ma mi sa ne servono due o tre, perché ce ne sono tre che sono bruciati.

VOCE FEMMINILE: - Quattro bruciati o carbonizzati?

VOCE MASCHILE: - Non sono carbonizzati, però abbiamo cercato di spegnerli, senza vestiti, senza niente sono.

VOCE FEMMINILE: - Senta, faccia trovare qualcuno all'ingresso, io provvederò all'invio di più mezzi.

VOCE MASCHILE: - Ci so... Allora ci sono le guardie all'ingresso...

VOCE FEMMINILE: - Sì.

VOCE MASCHILE: - Arrivano, c'è la portineria, li accompagnano... Li accompagnano loro.

VOCE FEMMINILE: - Senta, è esploso qualcosa?

VOCE MASCHILE: - Ma... Ha preso fuoco un impianto qua, c'è della carta, dell'olio, di tutto.

VOCE FEMMINILE: - Devo mandare anche il 115 allora.

VOCE MASCHILE: - Sì, l'ho provato a chiamare ma mi hanno detto che erano impegnati per delle emergenze, ma la cosa è gravissima qua.

VOCE FEMMINILE: - No, no, no, mandiamo anche il 115, eh. Va bene.

TERZA VOCE MASCHILE (IN LONTANANZA): - L'avete chiamata l'ambulanza?

VOCE MASCHILE: - L'ho chiamata io. Ora...

VOCE FEMMINILE: - Sta arrivando l'ambulanza.

(*Si sentono dei rumori in sottofondo.*)

VOCE FEMMINILE: - Si sentono delle urla in lontananza.

VOCE MASCHILE: - Vieni qua, vieni qua, vieni qua.

VOCE FEMMINILE: - Pronto.

VOCE MASCHILE: - L'acqua, l'acqua. Oh, prendete l'acqua. Lo bagniamo.

QUARTA VOCE MASCHILE (IN LONTANANZA): - Non voglio morire.

VOCE MASCHILE: - No, no, Beppe, no.

QUARTA VOCE MASCHILE (IN LONTANANZA): - Non voglio morire.

VOCE FEMMINILE: - Io direi anche tre...

VOCE MASCHILE: - Sì, guardi ce ne sono almeno quattro.

VOCE FEMMINILE: - Quattro?

VOCE MASCHILE: - Ora due ce li ho qua. Teneteli lì, teneteli. Si sentono delle voci in lontananza.

VOCE FEMMINILE: - Ma ci sono anche altre vittime? Ci sono altre persone?

(*Si sentono dei rumori in sottofondo.*)

VOCE MASCHILE: - Pronto.

VOCE FEMMINILE: - Mi dica se per caso ci sono altre persone.

VOCE MASCHILE: - Ma guardi... Io ora sto... Sto finendo il cellulare, si sta scaricando. Senta, qua abbiamo bisogno...

VOCE FEMMINILE: - Sì, io ho già provveduto. Mi ascolti bene, ho già provveduto, io ho bisogno di sapere, siccome stiamo provvedendo a mandarvi tutti i mezzi che abbiamo...

VOCE MASCHILE: - Sì.

VOCE FEMMINILE: - Eh... Avete il sospetto ci siano altre persone oltre a quelle quattro?

VOCE MASCHILE: - Eh... È probabile, però...

VOCE FEMMINILE: - È probabile?

VOCE MASCHILE: - Sì.

(Si sentono delle voci in lontananza.)

VOCE FEMMINILE: - Senta, se c'è qualcosa che sta bruciando c'è il rischio di un'esplosione, allontanatevi.

VOCE MASCHILE: - Andiamo in infermeria, andiamo in infermeria.

(Si sentono delle voci in lontananza.)

TERZA VOCE MASCHILE: - Avete chiamato il 118?

VOCE MASCHILE: - Già li ho chiamati io, sono tutti... verranno qua. Pronto?

VOCE FEMMINILE: - Sì, mi dica.

VOCE MASCHILE: - Niente, ora ho parlato con... Mamma mia, ho parlato con la guardia, ha detto che anche loro hanno chiamato i Vigili e che stanno arrivando.

VOCE FEMMINILE: - Sì, li abbiamo già contattati anche noi.

(Si sentono delle voci in lontananza.)

VOCE MASCHILE: - C'è qualcuno che li apre in portineria al 118, sì?

TERZA VOCE MASCHILE: - Sì, ho lasciato tutto aperto.

VOCE MASCHILE: - Ma come cazzo è successo di colpo così? Tutti lì erano porca puttana.

(Si sentono delle urla.)

VOCE MASCHILE: - Oh, ma facciamoli andare in infermeria questi qui però, cazzo son qua. Li avete visti dove sono? Almeno in infermeria, no?

(Si sentono delle voci in lontananza.)

VOCE MASCHILE: - Guarda lì come sono, prendiamo una giacca, una cosa.

(Si sentono delle urla e delle voci in lontananza.)

VOCE MASCHILE: - Sta arrivando, sta arrivando, sta arrivando. State a terra, tanto non risolviamo.

(Si sentono delle urla.)

VOCE FEMMINILE: - Quante persone a terra immobili ci sono?

VOCE MASCHILE: - Qua ce ne sono quattro sicure, ma chi era, a terra lì chi c'è? Tu a tema, nel gabbiotto. Ce ne ho quattro qua eh, non so se ce n'è qualcun altro, quattro sicuri.

VOCE FEMMINILE: - Ok, c'è qualcuno che ha delle bruciature evidenti?

VOCE MASCHILE: - Sì, non hanno più vestiti guarda, è su tutto il corpo.

VOCE FEMMINILE: - Ok. La sostanza... le sostanze che bruciano che cosa sono? Oli?

VOCE MASCHILE: - Qua per terra, olio, carta, di tutto, ora non le so dire cosa c'era, diciamo...

VOCE FEMMINILE: - Ma perché devo ancora informare il 115 se sono sostanze particolari.

VOCE MASCHILE: - Sta arrivando l'ambulanza, allora aspettate che sta arrivando l'ambulanza. Sta arrivando. Sta arrivando già qua l'ambulanza. Sta arrivando, sta arrivando, è qua.

(Rumori in sottofondo.)

VOCE MASCHILE: - Stanno arrivando, eh. Ma in portineria, non c'è nessuno in infermeria?

(Si sentono delle voci in lontananza.)

VOCE FEMMINILE: - Senta. Sta arrivando l'ambulanza. Io la lascio, va bene?

VOCE MASCHILE: - Sì, va bene. La ringrazio.

VOCE FEMMINILE: - Grazie.

VOCE MASCHILE: - Ciao.

(Poco a poco la luce si scurisce, fino a lasciare il palco nella semioscurità.)

(Si riaccendono le luci, l'attore è in piedi, appoggiato al tavolo degli avvocati, indossa la toga.)

Uno di quegli avvocati dalla voce melliflua e il tono suadente, un'onda di capelli argentati, la barba curata, gli occhi azzurri penetranti, durante la sua arringa dice *(l'attore cambia voce ogni volta che recita la parte dell'avvocato)*: «La presenza di estintori a lunga gittata, eccellenze della corte, sarebbe stata addirittura criminogena. CRIMINOGENA, signori miei.

«Gli estintori a lunga gittata possono essere usati da dieci metri di distanza. Gli operai avrebbero potuto essere investiti da una coda di due metri di fuoco, invece che da una cascata di dodici metri.»

«La presenza degli estintori a lunga gittata sarebbe stata criminogena. Così ha detto, Signor avvocato? Ci spieghi, la prego. Ci dica.»

«Perché la loro presenza lì avrebbe spinto gli operai a credere di dover essere essi stessi a spegnere le fiamme e, invece di permettere loro di scappare, per andare a chiamare i vigili del fuoco, li avrebbe spinti verso il pericolo incoraggiandoli a tentare di domare l'incendio».

«Mi faccia capire, Signor avvocato, mi lasci capire cos'è che sta dicendo: la presenza degli estintori a lunga gittata (c'erano, invece, quelli comuni) avrebbe portato gli operai ad affrontare il rischio e la morte.»

«Ma, Signor avvocato, gli operai sono morti e hanno affrontato il rischio. Pur in assenza dei suoi pericolosissimi estintori a lunga gittata.»

«Spegnevano incendi ogni giorno, molte volte al giorno. Nessuno si sognava di chiamare i vigili del fuoco ogni giorno, molte volte al giorno, per piccoli fuochi.»

«Signor avvocato, non crede che la presenza di estintori a lunga gittata li avrebbe invece fatti stare un po' più lontano e quindi un po' più al sicuro? Poi, chissà, sarebbero morti lo stesso. O forse no. O forse qualcuno si sarebbe potuto salvare.»

«E, col suo ragionamento, qualsiasi strumento di tutela dei lavoratori da incidenti di vario genere sarebbe "criminogeno" perché li spingerebbe ad agire per

difendersi, invece di fuggire? Ma togliamole tutte queste pericolosissime tentazioni! Non mettiamo neanche i caschi, non sia mai che spingano gli operai a fare evoluzioni circensi sulle impalcature. Togliamo le imbracature, le tute protettive e ignifughe, se no questi ci si buttano direttamente giù dalle impalcature o dentro al fuoco. E le infermerie? E i kit di pronto soccorso? Ma vogliamo davvero che questi operai si improvvisino dottori, giocando al piccolo chirurgo invece di correre a chiamare chi ne sa più di loro? Cri-mi-na-li che non siete altro!»

«Ho capito bene, Signor avvocato?»

(Pausa. Mentre si sente da fuori scena la voce del Testimone 1, l'attore si sfilava lentamente la toga e la lascia cadere a terra, poi si stende lui stesso a terra e resta immobile, uno ad uno entrano sei attori silenziosi che si stendono in terra in ordine sparso sul pavimento, alcuni di loro strisciano sul ventre o sulla schiena, lentissimamente, fino a restare tutti immobili.)

**TESTIMONE 1:* - Come ho passato il passaggio che divide la linea 5 dalla linea 4 ho visto un muro di fuoco, ecco. Fiamme altissime che arrivavano al carro ponte, bruciava anche il muro in mattoni. Subito ho detto ai miei colleghi di prendere manichette ed estintori perché non... Pensavo fossero coinvolti solo gli impianti, non mi ero reso conto ancora di... Invece appena sono arrivato nelle vicinanze, proprio vicino al fuoco, ho visto Angelo Laurino e Roberto Scola che erano a terra, tutti e due erano... Laurino era rivolto con la schiena a terra, Roberto Scola invece era a faccia a terra, erano completamente nudi, avevano le scarpe che bruciavano e qualche pezzo di vestito. Non avendo niente, mi sono tolto il maglione e ho spento quello che era rimasto, Bocuzzi urlava che c'erano gli altri dentro e si sentivano le urla; allora gli ho chiesto se aveva chiamato aiuto perché ho visto che noi non potevamo fare più niente, lui mi ha detto che il telefono non funzionava, allora ho preso il mio cellulare, ho chiamato il 118, la telefonata che avete sentito. Solo che lì, come si sente, c'era il calore che era insopportabile, non potevamo stare lì, si sentivano esplosioni, il fumo, allora i miei colleghi hanno spostato Scola e Laurino vicino... Lontano dalle fiamme ed io mi sono allontanato tornando verso la linea 4 per poter parlare al 118 perché c'era troppa confusione. Come ho passato il passaggio di nuovo al contrario, mi sono ritrovato davanti gli altri miei colleghi in piedi, tutti nudi, c'era Giuseppe De Masi che io ho riconosciuto solo perché ha parlato, era impossibile riconoscerli fisicamente, li ho riconosciuti solo dalla voce e mi ha chiesto se era bruciato in faccia, lui si preoccupava se era bruciato in faccia, ma era tutto bruciato. Ho cercato di tranquillizzarlo dicendo di stare tranquillo che avevo chiamato i soccorsi. Rosario urlava «non voglio morire, non voglio morire». L'ho riconosciuto quando ha detto che non riusciva a respirare e l'ho aiutato a salire su un'ambulanza, sennò non avevo riconosciuto neanche a lui.

(L'attore inizia a parlare mentre gli altri attori si rialzano ed escono di scena.)

Si alzano uno dopo l'altro gli avvocati, come marionette a scatto di un meccanismo ben oleato. Fanno le loro difese senza passione, scaricano gli uni le

colpe sui clienti degli altri, con gesti naturali e quasi speculari, senza irritazione. Il clima è quello di uno strisciante autocompiacimento generale. Come se avessero già vinto altrove e fossero là solo per celebrare una qualche cerimonia a favore del pubblico.

«Il mio cliente, eccellenze della corte, era “l’ultima ruota del carro”, un povero operaio con la licenza media, che avevano promosso alla vigilanza sulla sicurezza, così per rispetto, per stima, senza sapere di stargli depositando una croce troppo pesante sulla schiena. Lui non sapeva niente, non capiva niente, non aveva alcun potere decisionale o di gestione dei fondi. Poche ore, aveva fatto, di un corso sulla sicurezza sul lavoro, poche inutili ore, solo una formalità.»

«Il mio cliente, eccellenze della corte, era sì, un dirigente con poteri decisionali e con a disposizione una misera cifra da gestire, ma era nella sede di Terni. Cosa poteva fare lui, così lontano? Come poteva sapere? Lo tenevano all’oscuro di tutto. Quando andava in visita lì, tutto era lindo, tutto tirato a lucido, nemmeno una cicca trovava sotto le sue scarpe.»

«Il mio cliente non sapeva, signori giudici...», «il mio cliente non poteva, Eccellenze...»

Durante i sette anni di processo, è uscito fuori che la sede Thyssen di Torino era prossima alla dismissione. Da lì a un paio d’anni, sarebbe stata chiusa definitivamente. Era stato deciso di comune accordo da un comitato esecutivo, che esisteva non ufficialmente ma di fatto. Lo sapevano tutti.

I sette operai che ci sono morti, non so, forse lo sapevano pure loro. Ma che ci potevano fare?

(Di nuovo rumore di sgocciolio.)

Una fabbrica in dismissione è come un corpo prossimo alla morte, viene lasciato a se stesso e ai suoi inevitabili cambiamenti esteriori, al disfacimento, all’emissione di liquidi e di umori.

Non è più lavato (il contratto con l’impresa di pulizia aveva subito una diminuzione di ore di lavoro impressionante), non lo si protegge più contro le intemperie (di lì a poco si spegnerà, pacificamente, da solo, sono inutili gli affanni con cui ci si protegge da quello che ormai è noto debba accadere), non ci si impiegano più sforzi, risorse, cure. Queste sono tutte attività di stipo del futuro, di messa in sicurezza del futuro, ma di futuro quella sede ormai non ne ha più, siamo agli sgoccioli.

«Il mio cliente non sapeva, Eccellenze...»; «... il mio cliente cosa poteva?»

Erano stati stanziati 800.000 euro per la messa in sicurezza della sede di Torino. Erano stati stanziati dall’alto, non sono mai stati usati. Ora quegli 800.000 euro giacciono freddi e inutili nelle mani della procura dello Stato.

Ma allora qualcuno sapeva, ditemi un po’ Illustrissimi signori avvocati. Ma allora qualcosa si poteva.

Perché quegli 800.000 euro di sicurezza non sono mai stati usati? Chi ne aveva la responsabilità? Chi la disponibilità? Chi li ha barattati per la vita di sette persone?

(Cambia voce, riprende quella da avvocato, strascinata e melliflua.)

«Ma, Signori giudici, ma sentite cosa si dice qui? Che per risparmiare 800.000 miseri euro, si sarebbe messa a rischio non solo la vita di quegli operai ma anche la propria libertà. Siate ragionevoli, signori miei. 800.000 euro sono briciole! Manca il corrispettivo. Questa è la domanda che vi dovete sempre porre: quale corrispettivo?»

Quale corrispettivo.

Si gioca qui la difesa di molti di quegli avvocati: quale corrispettivo poteva allettare questi signori a tal punto da distoglierli dall'usare quei soldi destinati alla sicurezza della sede di Torino mettendo, di conseguenza, a rischio le vite di molti operai?

Il risparmio e il reinvestimento di quegli 800.000 euro?

Tutto qui?

Troppo poco.

Troppo poco in confronto a tutto quello che i dirigenti Thyssen stanno passando da sette anni a questa parte. Troppo poco rispetto alla gogna pubblica, allo stress, alle perdite economiche, di reputazione che sono succedute all'incidente".

(Si siede disinvolto sul tavolo dei giudici, spenzola le gambe.)

Ecco, vedete, il problema con i corrispettivi è questo: non si è mai ben sicuri della presenza o meno di piccole clausole al margine poste dal caso, che stravolgono le carte in tavola.

Così piccole da essere difficilmente leggibili a occhio nudo, prima. Ma che diventano evidenti come una montagna, dopo.

800.000 euro sono troppo pochi, sì, a fronte dello scoppio di un incendio, di una strage di operai, di un processo per omicidio colposo, il rischio di una condanna e il discredito sull'azienda. Ma 800.000 euro non sono affatto pochi, sono una cifra rispettabilissima, se andasse tutto bene, se quell'incidente fatale, che potrebbe verificarsi ma potrebbe anche non succedere, non avvenisse.

(Si spengono le luci, si accendono in un angolo del palco dove due attori recitano il dialogo.)

«Allora, qui si risparmia sulla sede di Torino, d'accordo? Sta per chiudere, tiriamo avanti tranquillamente per un altro paio d'anni così come abbiamo sempre fatto negli ultimi tempi. Da quel versante non ci saranno altre perdite. Non vale la pena buttarci dentro altri soldi.»

«E quegli ottocentomila?»

«Quegli ottocentomila potranno essere più utili per interventi duraturi, in vista di più redditi obiettivi economici aziendali. Piuttosto che bruciati sul binario morto di una sede in dismissione. Allora, Siamo d'accordo?»

«Aspetta, e se succede qualcosa? E se avviene un incidente? Scoppia un incendio che distrugge tutto come a Krefeld? Magari stavolta ci scappa pure il morto? Siamo rovinati.»

«Sono successi finora lì? No. Allora perché fai il menagramo? Le macchine vanno ancora bene, gli operai sanno quello che fanno.»

«Ma abbiamo mandato a Terni tutti quelli specializzati.»

«Non importa, ma che ci vuole? Lo sanno fare, non ti preoccupare. È tutto automatizzato. Fanno tutto le macchine.»

«Ma hai sentito degli incendi quotidiani?»

«Eh appunto. Che vuoi che siano, piccoli incendi, due spruzzate di estintore e si spengono subito. Pure gli operai sono tranquilli. È routine.»

«Ma gli estintori ci sono?»

«Sì ci sono.»

«E funzionano?»

«Sì funzionano, tranquillo. Siamo d'accordo allora?»

(La luce si spegne sugli attori all'angolo e si riaccende sull'attore ancora seduto al centro del tavolo dei giudici.)

Piccola clausola al margine: se trascuri il fato, lui non trascurerà te. Se lasci campo libero al caso, ci si distenderà appieno, come una nube di gas.

Poi per quanto impreveduta dai fiduciosi dirigenti, l'onda di fuoco del *flash fire* era ben nota.

Ma era rara!

Sì, ma non così remota.

Una fabbrica Thyssen era stata rasa al suolo da un fenomeno analogo solo un anno prima a Krefeld. Nessun morto, quella volta. Un avvertimento del fato?

Gli avvertimenti stanno tutti in come li si prende. Se come un monito a preoccuparsi e difendersi, o come un invito a stare tranquilli perché se pure succedono le disgrazie, alle volte i danni sono limitati e le conseguenze non così disastrose.

Le previsioni signori miei, sono soggettive. I rischi pure sono inevitabilmente soggettivi, perfino quando ti sbattono sotto il naso risultati scientifici oggettivi che ti dicono che quel fenomeno ha alta probabilità di verificarsi a determinate condizioni.

Il rischio alla fin fine è qualcosa dell'animo umano. Una scommessa dell'uomo con il Caso.

Il prezzo? Sette vite umane, la tua esistenza ostaggio di un processo, ingenti perdite economiche. Ma resta ignoto fino a che il Vincitore non lo viene a ritirare.

(Si spengono le luci sull'attore che esce di scena, si accendono su due attori seduti su due sedie l'uno di fronte all'altro.)

*DOMANDA: - Quindi, siete intervenuti e lei ci ha detto che ha visto l'incendio e sembrava che il muro bruciasse.

RISPOSTA: - Sì, c'era un muretto...

DOMANDA: - Ci può spiegare meglio cosa intende "sembrava che bruciasse il muro", cioè come si presentava questo muro?

RISPOSTA: - Non è che sembrava... Bruciare il muro, non so se era per l'ondata di olio, non so per cosa, però il muro in mattoni era a fuoco, praticamente noi non avevamo... Non c'era un centimetro dove... Noi avevamo un muro di fuoco d'avanti.

DOMANDA: - Quindi, l'incendio partiva dal macchinario...

RISPOSTA: - Dal macchinario...

DOMANDA: - Interessava il passaggio, diciamo pedonale, il corridoio e arrivava fino al muro.

RISPOSTA: - Fino al muro, sì.

DOMANDA: - Quindi sbarrava il passaggio, è corretto?

RISPOSTA: - Sì.

DOMANDA: - È questo che intendeva dire?

RISPOSTA: - Sì.

DOMANDA: - Le persone... Le prime persone che avete visto, ci può ripetere chi erano le prime due persone che avete visto?

RISPOSTA: - Angelo Laurina e Roberto Scola, ma io questo lo dico perché in quel momento non li avevo riconosciuti che erano loro.

DOMANDA: - Lei ha capito chi erano dalla voce?

RISPOSTA: - No, l'ho capito dopo.

DOMANDA: - Come ha fatto a capire chi erano?

RISPOSTA: - L'ho capito dopo perché gli altri che erano lì, poi che hanno parlato, riconosciuto, mancavano loro due più Schiavone che era rimasto dentro, però a vederli così, nonostante li conoscevo da anni, era impossibile riconoscerli.

DOMANDA: - Da dove sono uscite queste due persone, quando lei li ha visti?

RISPOSTA: - Questi due erano già a terra quando sono arrivato io.

DOMANDA: - Oltre questo muro di fuoco?

RISPOSTA: - Sì.

DOMANDA: - Erano fuori dal muro...

RISPOSTA: - Erano tre metri fuori dal muro di fuoco, sono riusciti probabilmente ad uscire con le loro forze, però poi non ce l'hanno fatta più.

DOMANDA: - Lei li ha visti stesi a terra?

RISPOSTA: - Sì.

DOMANDA: - Parlavano ancora in quel momento?

RISPOSTA: - No, rantolavano... Almeno quando sono arrivato io, rantolavano qualcosa ma non parlavano. Roberto Scola perdeva qualche liquido dalla bocca che non so cos'era, però io pensavo che non ce la facessero neanche ad arrivare in ospedale.

(Torna l'attore in scena, si sente un rumore di brezza leggera, l'aria scuote leggermente le foto appese.)

Lo scorrere armonioso delle difese degli avvocati, la danza delle toghe all'interno del palazzaccio.

Niente a che vedere con fuori, dove tira un vento feroce che quasi strappa le gigantografie delle facce degli operai morti, stese su un filo dai parenti, come lenzuoli funebri ad asciugare.

(Aumenta il rumore del vento e l'aria che si abbatte sulle foto appese quasi a strapparle.)

Niente a che vedere con le grida dei parenti che hanno preferito rimanere fuori da quelle stanze. Sono un manipolo di persone, urlano nei megafoni, ma è come se non lo facessero, qualsiasi suono se lo porta via il vento forte.

(Finisce tutto. Silenzio.)

(Si avverte sottile il fischio di un microfono che fa contatto.)

Dentro l'aula, il fischio di un microfono disturba i timpani sensibili degli avvocati, si perde un quarto d'ora almeno per cercare di eliminarlo, per aggiustare il guasto.

Perché l'avvocato che deve parlare ora è il Professore.

Si alza lentamente ma con decisione e i lembi della sua toga si sollevano piano per il vento che entra da fuori.

Per un momento si sprigiona un odore dolciastro, come di fiori troppo maturi, un odore come di decomposizione. Dura un istante e poi svanisce.

(L'attore assume la posa del Professore.)

«Io ringrazio i Signori giudici e i colleghi avvocati per gli sforzi comuni che stanno facendo per condurre il processo verso il più giusto esito. La seduta è ancora lunga quindi non toglierò loro tempo più dello stretto necessario.»

Non è mieloso il tono del Professore, non è adulatorio, non è condiscendente.

Non cerca approvazione, non cerca di convincere, non cerca di blandire.

Non è superbo, non è pomposo, non è arrogante.

È chiaro, è aperto, è fermo.

Il tono del Professore dice: stiamo discutendo tutti insieme, da pari a pari. Siamo dalla stessa parte, allo stesso livello. Lavoriamo insieme. Al bando i titoli di Giudice, Professore, Avvocato. Siamo un gruppo di operatori del diritto, innamorati del diritto, vogliamo tutti che il diritto trionfi, che sia interpretato al meglio.

«Qui – dice con convinzione il Professore – è proprio qui che si crea il diritto. Che si forma il diritto dello Stato. E tutti noi, tutti, abbiamo il dovere, verso i cittadini presenti e futuri, di formarlo al meglio.»

Il qui del Professore non è un qui astratto. È un qui incredibilmente presente e concreto. Con quel qui, il Professore ci ha investiti tutti, avvocati giudici pubblico, tutti noi siamo lì a fare il diritto. Con un discorso, con una frase, anzi con un unico avverbio, ci ha avvocati tutti a lui. Ci ha chiamati a formare qualcosa. Ci ha responsabilizzati. È così che ci sentiamo, è così che si sente ognuno di noi, in quella stanza, in quel momento.

È in questa nostra disposizione d'animo comune che il Professore inizia la sua arringa.

Non la si può nemmeno chiamare arringa, è una lezione. Una *lectio magistralis*.

Per oltre mezz'ora il Professore parla della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente. Ci riassume la questione, in termini semplici e immediatamente comprensibili. Ci espone le diverse correnti di pensiero e i loro argomenti. Ora siamo tutti in grado di capire, siamo tutti in grado di decidere. Ci ha reso tutti giudici.

E poi espone le sue di argomentazioni giuridiche, con pacatezza, convinzione, carisma. Dovizia di casi, dovizia di esempi concreti. Ci sentiamo bene a poterlo seguire nei passaggi piani e sensati della sua mente, nei paragoni, nelle similitudini. Tutto torna. Noi, proprio noi, riusciamo a seguire il ragionamento di un grande professore. È come se fossimo lui, come se fosse il nostro ragionamento.

In questa mezz'ora di lezione giuridica, non vola un suono, non si perde uno sguardo. Dai giudici che annuiscono involontariamente, al presidente che sorride lievemente per una dotta citazione latina, al carabiniere di piantone che non riesce a staccargli gli occhi di dosso, il Professore ha l'attenzione di tutti e non verrà meno fino alla fine.

Poi d'improvviso tutto cambia. Il tono del Professore si fa veemente, le sue parole piene di *pathos*.

E per la prima volta, mezz'ora dopo aver iniziato, il Professore pronuncia il nome del suo assistito: Espenhanh.

Harald Espenhanh era l'amministratore delegato e membro del comitato esecutivo della TKA5T con delega per la produzione, la sicurezza sul lavoro, il personale, gli affari generali e legali.

Suo era il potere decisionale, sua la gestione dei conti, suo il ruolo di garanzia per la sicurezza dei dipendenti. Si può dire che Espenhanh, insieme con i suoi consiglieri, i dirigenti e i membri del comitato, avesse in mano la vita e la morte della Thyssen Italia.

Espenhanh e, in diversa misura, gli altri imputati sono stati accusati di aver omesso di dotare la Linea APL5 di impianti e apparecchi destinati a prevenire disastri ed infortuni sul lavoro, di aver omesso di installare un sistema automatico di rilevazione e spegnimento degli incendi; di aver ignorato, trascurato e celato i segnali di pericoli, le relazioni degli ingegneri dell'assicurazione, lo stato di degrado della struttura; di essere a conoscenza della concreta possibilità del verificarsi degli incendi, del fenomeno del *flash fire*, della volontà della ThyssenKrupp di adottare qualsiasi misura volta a prevenire questi eventi e non aver fatto nulla.

Espenhanh e gli altri conoscevano la situazione. Questa ricostruzione è stata appurata in ogni grado del processo con prove documentali. Conoscevano l'elevato rischio.

«Giovà ribadire, Eccellenze della Corte, Signori Avvocati, la differenza fondamentale tra dolo e colpa, che voi ben tutti sapete, che potete insegnare al sottoscritto, di gran lunga meglio di come farei io stesso a chiunque altro, eppure siamo qui per dissipare i dubbi del diritto. Tutti insieme. E perché questi dubbi non vengano pagati sulla pelle dei nostri assistiti.

Nel dolo, ben sapete, elemento fondamentale è la volizione. L'elemento della volontà. Non si può ridurre la figura del dolo eventuale alla mera rappresentazione dell'evento e all'accettazione del rischio, altrimenti non avrebbe una sua propria differente connotazione rispetto alla colpa cosciente. Quest'ultima prevede che si rappresenti come altamente probabile un evento, eppure si ri-

tenga di poterlo evitare. Non lo si desidera. Ci si augura che non avvenga. Non lo si vuole.

Nel dolo eventuale, invece, quell'evento, quello che ci si è figurati come altamente probabile, bene, quell'evento lo si accetta. Lo si vuole.

E allora si sta dicendo qui, Signori miei, che il Signor Espenhann, padre snaturato dei propri operai, abbia volontariamente omesso le cautele, abbia volontariamente evitato di dotare la struttura di adeguati apparecchi di rilevamento e spegnimento di incendi, ben figurandosi la quasi certezza della morte di quelle persone, ma preferendo a questa il risparmio dei fondi di investimento per poterli meglio utilizzare nella sede di Terni.»

Il Professore a questo punto non può trattenere il proprio sdegno umano, si accalora, alza la voce.

«Si sta dicendo che quest'uomo vedeva nella sua testa quei poveri corpi bruciati! Li aveva nella testa e accettava la loro sofferenza! Accettava la loro morte! E per tutto quel tempo lui aveva i corpi bruciati nella testa, eppure continuava ad agire secondo i propri scopi.

Si sta dicendo che lui quei morti bruciati li voleva. Vedete bene. Li stimava meno di zero, li riteneva un possibile incidente sul percorso, ma nonostante questo, procedeva inesorabile sulla sua strada.

Beh, dire così, Signori della Corte, illustri colleghi, equivale a dire che lui sarebbe stato pronto a cuor leggero a sparare un colpo in testa a ciascuno di loro. Perché è la stessa cosa. Dire che li vedeva morti in quell'incendio, e che la cosa non gli interessava, equivale a dire che era pronto a freddarli personalmente, uno ad uno, pur di perseguire i propri scopi economici. E io non ci sto. Il diritto forse non può ricostruire la verità assoluta, ma sicuramente deve stare ben lontano dalla menzogna.

Sono stati compiuti errori in questa storia, errori drammatici. Ma non tutti dal mio assistito. Anzi, da lui quasi nessuno. Di molto lo hanno tenuto all'oscuro, molto credeva che si stesse facendo e non si era invece fatto.

E degli operai, invece, non si parla. Io non voglio recare oltraggio a quei poveri corpi straziati, ma il loro dolore non può ricadere come una piaga sulla vita del mio cliente. Vedete gli errori umani, sono gli errori più comprensibili e più facili da compiere. Quegli operai hanno compiuto degli errori quel giorno. Errori che si sono inseriti nella catena causale che ha portato all'evento drammatico ma che nessuno, per rispetto ai morti, ha il coraggio di ammettere, che nessuna delle Corti ha tenuto presente in motivazione. Non hanno centrato il rullo, alcuni non erano alle loro postazioni, c'erano rotoli di carta che non dovevano trovarsi assolutamente lì.

Non voglio recare oltraggio ai morti, ma devo proteggere i vivi.

La gente comune, vedete, si aspetta cose dal diritto che il diritto non può dare. Il giudizio non può far tornare indietro il tempo, il giudizio non può resuscitare i morti, il giudizio non può assicurare Giustizia. Il giudizio può solo essere giusto, nel senso di rispettare il diritto stesso, di rispettare norme, leggi e principi.

La gente si aspetta dal giudizio che plachi il suo dolore, che disseti la sua brama di vendetta, che calmi i loro animi feriti. Ma il giudizio non è fatto per tutte queste cose, non può fare tutte queste cose. Il giudizio è fatto proprio per mettersi tra di loro e gli altri uomini che hanno recato loro danno e, come un terzo altissimo, moderato, ma impietoso, come un terzo levarsi su tutti e su tutto. Il giudizio non dà consolazione, nessun giudizio lo dà. Deve dare pacificazione. Compensazione. Ordine.

Noi siamo qui per questo. Per fare ordine. Non accontenteremo nessuno. Anzi, saranno tutti scontenti, alla fine. Ma noi avremo fatto il nostro dovere se, nel compiere il giudizio, avremo rispettato il diritto.

Cambiate il diritto. Se qualcosa non vi va bene. Cambiate le leggi, cambiate i principi, cambiate le pene. Ma non chiedete al giudizio di farlo.

Non facciamo punizioni esemplari qui. Non facciamo intimidazione, prevenzione. Non è questo il compito di questa Corte e di nessun'altra. Non facciamo neanche carità, consolazione, guarigione. Il compito di questa Corte è solo dare un giudizio e proteggere il diritto, perché il diritto non sia mai piegato da una parte o dall'altra sull'onda dell'emozione e della commozione generale per un singolo caso. La giustizia è solo del singolo caso concreto, noi qui tuteliamo il giusto per ogni altro caso a venire. E il giusto è che non si veda dolo dove non c'è volizione, il dolo è la più terribile delle figure soggettive e deve essere valutata e riconosciuta con estrema cautela.»

**DOMANDA:* - Si ricorda, c'era odore e di cosa?

RISPOSTA: - Odore di carne bruciata, possiamo dire, una puzza veramente brutta. Mi sono avvicinato comunque al pulpito della linea 5 e ho visto Roberto Scola e Angelo Laurino ormai straziati dalle fiamme, in condizioni orribili.

DOMANDA: - In che condizioni erano? Ce lo vuole dire?

RISPOSTA: - Completamente bruciati, non avevano quasi più niente, ormai in uno stato orribile.

DOMANDA: - Le si sono rivolti? Parlavano? Cosa dicevano?

RISPOSTA: - Roberto non parlava, si lamentava solamente perché Angelo Laurino continuava a urlare «aiutatemi, spostatemi, portatemi al sicuro».

RISPOSTA: - Li abbiamo presi praticamente di peso per spostarli però urlavano dal dolore, avevo paura a toccarli, la pelle ormai dura, compatta.

DOMANDA: - Fece qualcosa sui corpi di queste povere persone?

RISPOSTA: - Spostandoli praticamente, bastava sfiorarli per causare delle ferite, sensi di colpa che sicuramente non dimenticherò.

RISPOSTA: - Poi c'era un'altra cosa, una cosa che mi è rimasta ancora, che tutt'ora mi porto avanti, sentivamo delle fiamme però non si vedeva nulla e si sentiva, poi ho saputo dopo che era Antonio Schiavone che urlava e continuava a chiedere aiuto però non vedevamo dove fosse non si vedeva assolutamente nulla.

RISPOSTA: - Mi girai e vidi seduto a terra Rodinò Rosario che a sua volta lui molto più cosciente di Scola Roberto mi disse di non preoccuparmi di lui ma di

preoccuparmi piuttosto di Scola Roberto e di Angelo Laurino che erano molto più messi male di lui.

DOMANDA: - Quando lei li ha visti non avevano più fiamme addosso?

RISPOSTA: - No, non avevano più fiamme addosso però avevano i corpi completamente carbonizzati, tant'è vero che ricordo la posizione di Laurino che sembrava un bimbo appena nato cioè una persona di una certa altezza ridursi in quelle condizioni, e anche in quel caso dovetti alzare la voce per farmi riconoscere.

DOMANDA: - Lui non vedeva?

RISPOSTA: - No, non mi poteva vedere perché gli occhi completamente andati.

DOMANDA: - Però era cosciente? Anche Laurino?

RISPOSTA: - Sì era cosciente perché Laurino mi ripeté di non abbandonare la moglie con i figli di stare vicino alla propria famiglia di accompagnarli in questa situazione.

RISPOSTA: - ... E all'improvviso dal fumo è uscito fuori Bruno, è uscito Bruno venendomi incontro, è lì che mi sono reso conto di qualcosa che non va perché ho fatto una panoramica, ho visto comunque che non aveva scarpe era nudo, mi veniva incontro Bruno a braccia aperte, è il mio incubo, mi veniva incontro a braccia aperte urlando «non voglio morire, non voglio morire». De Masi era fermo lì che diceva «cosa ho in faccia, cosa ho in faccia?» e Gaspare Trere gli diceva «non ti preoccupare non hai niente», ma il mio incubo è continuamente ancora Bruno che mi viene incontro a braccia aperte.

No, Espehnanh non vedeva nella sua testa queste scene. Il problema è stato proprio questo, che la sua mente e il suo cuore non vedevano.

Non ha visto uomini grossi ridotti a feti rotolarsi per terra, non ha visto il fantasma di un uomo bollito che esce dalle fiamme a braccia aperte urlando, non ha sfiorato con le mani una pelle dura in cui si aprivano piaghe enormi ad ogni tocco. Espehnanh non ha visto tutto questo, né lo avrà mai, per tutta la vita, nelle orecchie, nella testa e negli occhi. Lui, e gli altri dirigenti, nel decidere di non mettere in sicurezza l'impianto hanno accettato il rischio che questo si verificasse. Se lo sono rappresentato, non così vividamente, magari scegliendo di figurarsi un incendio senza morti, come quello di Krefeld, e lo hanno accettato. Hanno sperato che non accadesse, certo, per loro e per gli altri, ma hanno abdicato al ruolo di tutela e di garanzia che avevano nei confronti delle persone che lavoravano per loro.

Li hanno lasciati inermi e disarmati nel mezzo del pericolo sperando che se la cavassero.

Chissà se ora però, una qualche notte, Espehnanh non li veda, quegli uomini vivi mummificati e lacerati, nudi, coi tratti squagliati, i capelli e le ciglia carbonizzati. Chissà se sono venuti a visitarlo in sonno, quando è più fragile, e se la moglie lo ha visto sudare nel letto, senza riuscire a svegliarlo.

(Si spengono tutte le luci, quando si riaccendono i tavoli e le scritte al muro sono coperti da lenzuola polverose, come quelle con cui si coprono i mobili nelle case quando vengono lasciate disabitate per lunghi periodi.)

Il giorno dopo aver assistito all'ultima udienza del processo Thyssen sono partita per un periodo di studio all'estero.

Durante il volo, quando ho toccato la terra di un altro Paese, ho pensato, ho continuato a pensare a cosa fosse servito il processo di cui avevo vissuto l'epilogo e il cui esito sembrava già scontato. Ho pensato a cosa servissero tutti i processi che si sono succeduti in Italia in anni e anni e che paiono nascere destinati a rimanere oscuri, destinati a non raggiungere la luce, a cullarsi la verità in grembo e poi abortirla dentro di loro.

Ustica, Enichem, ThyssenKrupp, Ilva, sono nomi che avete sentito, che vi sono familiari, che vi evocano sensazioni fastidiose, che forse non riuscite a capire, un sentimento di confusione, di sospetto, forse anche di senso di colpa. Ma perché? Vi chiedete. Cosa c'entrate voi con l'amministrazione della giustizia dello Stato, con gli esiti di processi che riguardano morti lontane e sconosciute? Perché provare questo vago disagio, un sentore di ingiustizia, addirittura un senso di vergogna?

C'è una parola, nel greco antico, che esprime bene la natura complessa di questa sensazione, la parola è *aidos*.

Aidos partecipa del significato della vergogna, ma più che essere un sentimento personale, soggettivo, è qualcosa di profondamente legato alla collettività. *Aidos* è provare vergogna quando qualcuno assiste alla nostra vergogna, al nostro disonore. Ed è *aidos* quello che ci lega quando sentiamo dei processi insoluti, dei processi dirottati, corrotti, assassinati, lo leggiamo sui giornali e ci vediamo svergognati, andiamo per le strade, guardiamo gli altri ed è *aidos* quello che vediamo nei loro occhi e sentiamo che loro ci guardano e vedono la nostra vergogna e la loro riflessa. È questo sentimento insopportabile di vergogna che inconsapevolmente lega tutto un popolo quando la giustizia che è amministrata in suo nome viene meno, viene offesa, viene ignorata, viene abbandonata.

(Appaiono le scritte proiettate sul lenzuolo appeso al muro al centro del palco, l'attore le indica e le legge scandendo forte.)

«La giustizia è amministrata nel nome del popolo (art. 101 comma I Cost.)»

«La sentenza è pronunciata in nome del popolo italiano (art. 125 comma II c.p.p.)»

«La sentenza contiene: a) l'intestazione "In nome del popolo italiano" e l'indicazione dell'autorità che l'ha pronunciata (art. 426 comma I e 546 comma I c.p.p.)»

Riguarda noi.

Questi articoli della nostra Costituzione e dei nostri codici ci stanno dicendo quello che già sappiamo, che avvertiamo bene: riguarda noi.

E non solo noi come cittadini italiani. Riguarda noi come esseri umani, come membri della razza umana.

Sentenza di primo grado, a quattro anni dall'incendio.
(Scritte proiettate sul lenzuolo mentre l'attore le recita.)

Tribunale ordinario di Torino

Repubblica Italiana

In nome del popolo italiano

Anno 2011, il giorno 15 del mese di aprile, la Seconda Corte d'assise di Torino condanna l'amministratore delegato Espbenban a 16 anni e 6 mesi di reclusione, per il delitto di omicidio volontario plurimo (artt. 81 comma 1, 575 c.p.), incendio doloso (art. 423 c.p.) e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro aggravata dall'evento (art. 437 comma 2 c.p.). Gli altri cinque imputati, amministratori e dirigenti dell'impresa, vengono condannati per il delitto di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, nonché per omicidio colposo plurimo e incendio colposo, questi ultimi aggravati dalla previsione dell'evento. La Corte, altresì, riconosce la responsabilità amministrativa della società, condannando la ThyssenKrupp Terni S.p.A. per omicidio colposo ed infliggendole una sanzione pecuniaria pari ad un milione di euro, nonché disponendo sanzioni interdittive e la confisca del profitto del reato per una somma di 800 mila euro.

Sentenza di secondo grado, due anni dopo.

Corte d'assise d'appello

Repubblica Italiana

In nome del popolo italiano

Anno 2013, il giorno 28 del mese di febbraio, la Corte d'assise d'appello riduce fortemente le pene, ritenendo non configurabile la fattispecie di omicidio volontario per Espbenbanh e riconoscendogli alcune attenuanti, condannandolo infine a 10 anni di reclusione. Le pene sono ridotte anche per tutti gli altri imputati.

Sentenza di Cassazione, un anno dopo

Corte di Cassazione

Repubblica Italiana

In nome del popolo italiano

Anno 2014, il giorno 24 del mese di aprile, la Suprema Corte ha un compito fondamentale. Potrebbe mettere fine al processo, in quello stesso giorno, confermando la sentenza di appello. Invece, pur affermando ancora una volta le responsabilità, rinvia a un nuovo processo d'Appello per rideterminare le pene. Che, per legge, possono essere rideterminate solo al ribasso.

Il nuovo processo si svolge a distanza di un anno. Nuovi sconti di pena, anche se molto contenuti. Espbenbanh è condannato a 9 anni e 8 mesi. Nuove promesse di ricorsi in Cassazione.

E così l'ultimo atto del processo Thyssen non è stato affatto l'ultimo.

(Si spengono le scritte.)

Aggiustare il guasto. Questo dovrebbe essere il fine della giustizia dello Stato. Aggiustare là dove qualcosa, nella società, si è rotto, ma, come qualsiasi artigiano sa, non tutti i metodi sono adeguati. Esiste un mezzo più giusto degli altri.

La giurisdizione è la giustizia del caso concreto, non esiste una giustizia data, una giustizia a priori, la giustizia non risiede nell'alto dei cieli, la giustizia è nel profondo buio degli intestini della Terra. Va cercata, va individuata, va scavata, ricondotta alla luce, pulita, levigata. È questo e nient'altro il senso di un processo. È un insieme di atti, collegati gli uni agli altri, preordinati gli uni agli altri, necessari perché si cavi quell'ammasso di roccia più promettente delle altre, necessari perché pulendolo, si intraveda uno scintillio. Cosa credete, che la Giustizia sia una cosa data in natura? Già confezionata? O che venga decisa e creata a tavolino da quegli stimabili uomini che occasionalmente si divertono a vestire toghe nere e a giocare con le norme dei codici? La giustizia c'è, è lì, è sepolta nel caso concreto, ci vogliono gli sforzi comuni di molti uomini, compresi quelli dei signori avvocati, perché la si possa cacciare fuori.

Ed io?

Il mio lavoro è ricercare e studiare il diritto.

Sul libro di procedura penale, all'epoca in cui preparavo l'esame all'università, avevo scritto al margine:

“Non giudice, né imputato, ma testimone sempre”.

Ho capito che se ho una vocazione, è quella alla testimonianza. A portare testimonianza.

Se ci fosse una carriera da testimone, io la farei, cercando di affinare le doti di attenzione, memoria, analisi della realtà, imparando l'abilità di trovarsi sempre là dove succede qualcosa o di testimoniare semplicemente quello che accade attorno.

Che cos'è il mestiere dello scrittore, se non quello del testimone?

Gli scrittori sono collaboratori di giustizia, scrissi una volta. Collaboratori di realtà. Vivono per fare il controcanto alla vita propria e altrui.

A quale fine? Nessun fine. Il testimone, lo si sa, è persona che non ha interessi nel processo. Non ha un proprio interesse da salvaguardare. O almeno non dovrebbe.

Gli scrittori quali testimoni della realtà non hanno interessi da difendere in quel processo faticoso e litigioso che è l'esistenza. Semplicemente vogliono raccontarla.

E da testimoni diventano anche i propri inquisitori. Fanno l'interrogatorio di se stessi. Spesso incrociato, accusa difesa accusa. Si pongono le domande, giurano di rispondere secondo verità, almeno al meglio della propria verità.

E sta tutto qui il ruolo dello scrittore nell'esistenza, come del testimone nel processo. Collaborare a far emergere la verità. Non importa quale, non esiste una sola verità, ma una composizione di tante che hanno bisogno di essere cavate fuori.

Purché sia vera, va bene qualsiasi verità.

Io non stavo là, all'ultima udienza Thyssen, per fare giustizia. Non ero lì neppure a fare ingiustizia. O a subirla. Non soffrivo nella mia carne e nel mio sangue le perdite di quegli operai, non entravano nel mio conto in banca i soldi di quegli imputati.

Io ero lì per vedere. Per conoscere e per capire. Forse, per poter poi raccontare a chi non c'era come in un'aula di tribunale passino realtà e irrealtà, scienza e profitto, sentimento e freddezza, dolore e noia, spesso tutti insieme, spesso nei medesimi soggetti.

Come in un'aula di tribunale passi per un attimo la Giustizia e poi la si perda. Ma quell'attimo ci è stato, tutti l'hanno visto. Io l'ho visto.

Ed è questo che posso testimoniare: la giustizia esiste. Io l'ho vista.

Certo, per come è finita, non appartiene a questo processo, ma è tra gli uomini, c'è.

Non bisogna disperare. Verrà il tempo, verrà il luogo in cui qualcuno la saprà afferrare. Saprà farla restare. Alle volte, poche volte, è accaduto.

(Le luci si spengono sull'attore, inizia una musica, sullo sfondo è proiettata questa frase di Calamandrei.)

«Sotto gli archi del processo, scorre la fiumana inesausta della sorte umana: nessuno più del processualista affacciato a quelle spallette può cogliere, se ha orecchio per sentire, le voci che salgono dai gorgi di questa corrente, quest'ansito universale di giustizia, e il dolore dell'innocenza ingiustamente colpita e la consolazione di chi si accorge (perché anche questo può accadere talvolta) che alla fine la forza cieca debba arrendersi alla ragione disarmata.»
Piero Calamandrei.

(Le luci si riaccendono sull'attore girato a guardare le scritte dietro di lui, le indica, legge l'ultima frase.)

Perché anche questo può accadere talvolta: che alla fine la forza cieca debba arrendersi alla ragione disarmata.

* * *

Per Antonio Schiavone: «La morte... è stata causata da ustioni di terzo e quarto grado estese al 90% della superficie corporea, che hanno determinato un quadro di shock primario immediato con meccanismo dicardiaco o neurogeno».

Per Roberto Scola: «... Trasportato al DEA dell'Ospedale CTO di Torino... presentava ustioni di terzo grado sul 95% della superficie corporea. Erano risparmiata solo le piante dei piedi ed una piccola area sulla sommità del capo... All'ingresso era cosciente e molto sofferente... arresto cardiocircolatorio... dopo venti minuti di tentativi infruttuosi si constata il decesso».

Per Bruno Santino: «... Vengono rilevate ustioni estese al 90% della superficie corporea».

Per Angelo Laurino: «... Il paziente giunge cosciente preso il DEA dell'Ospe-
dale Giovanni Bosco di Torino. All'esame obiettivo vengono rilevate ustioni
estese di II e III grado al 96% della superficie corporea...».

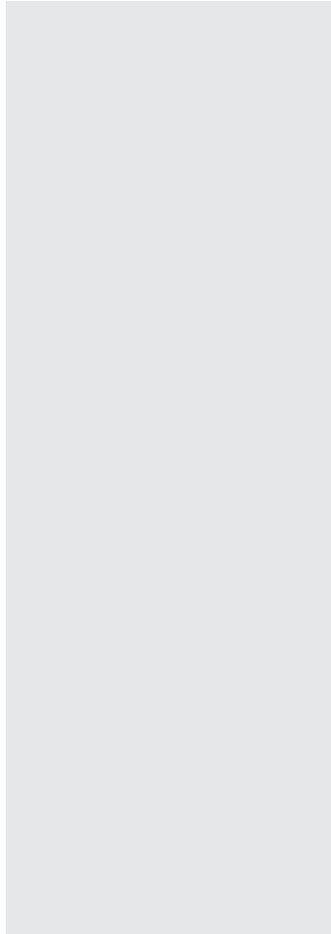
Per Rocco Marzo: «La distribuzione delle lesioni è particolarmente omoge-
nea, con ustioni profonde, di III grado, uniformemente diffuse su tutta la su-
perficie del corpo. Una simile distribuzione è raramente osservabile in soggetti
ustionati e, nel caso di specie, si può armonizzare con il fatto che l'uomo sia
stato investito da una nuvola di olio incendiato e, quindi, da un liquido incan-
descente che si è uniformemente distribuito su tutta la superficie del corpo
e che, inoltre, ha incendiato in modo pressoché uniforme tutti gli indumenti
indossati...».

Per Rosario Rodinò: «... decesso del paziente per ustioni di II e III grado
estese al 90% della superficie corporea. Ventilazione meccanica. Fiamma da
combustione di oli sul lavoro».

Per Giuseppe De Masi: «... La causa della morte fu uno stato settico (in
particolare una polmonite bilaterale) insorto quale complicanza del decorso di
gravissime ustioni. Si tratta di ustioni valutate clinicamente all'ingresso come di
II e III grado, estese al 90% della superficie corporea, ripetutamente sottoposte
ad interventi di estarectomia volti a rimuovere i tessuti necrotici e ad innesti
cutanei allogenici».

* RegISTRAZIONI e testimonianze tratte dai testi delle sentenze

BIBLIOTECA



Recensione a *Il Benicomunismo e i suoi nemici*, di Ugo Mattei*

Giuseppe Spoto

Benicomunismo è espressione carica di significato. Come è noto l'utilizzo del suffisso "ismo" nella lingua italiana è riscontrabile per formare sostantivi che si riferiscono a tendenze artistiche e letterarie (ad esempio: astrattismo, ermetismo), ma anche dottrine e movimenti politici, sociali, filosofici o religiosi. Bisogna però ricordare che quando il suffisso "ismo" accompagna comportamenti o azioni, condizioni morali e fisiche, di solito è usato con un significato dispregiativo. Ciò è ancor più evidente se consideriamo che tale suffisso rivela, prima ancora del concetto, una esasperazione e quindi un deterioramento dello stesso concetto. Si tratta a ben vedere di una riflessione che avviene per tutti gli "ismi"¹e che possiamo ripetere anche a proposito del titolo del volume in commento, in quanto coloro che vengono definiti i "nemici" della teoria dei beni comuni utilizzano l'espressione "Benicomunismo" seguendo la tradizionale accezione di significato negativo. L'autore rivaluta però la parola, ravvisando nell'espressione uno strumento idoneo ad individuare una teoria che, in nome dei beni comuni, realizza una complessa critica al capitalismo neoliberale, superando la rigida distinzione tra destra e sinistra che dovrebbe essere declinata in diverso modo rispetto al passato.

La formula "Benicomunismo" sembra quindi evocare una teoria che in nome dei beni comuni consente di articolare una radicale presa di distanza rispetto ai modelli proprietari tradizionalmente ricondotti nell'ambito delle ideologie comunista e liberale. Già nel titolo possiamo quindi leggere le premesse di un discorso che l'autore sviluppa in modo sistematico offrendo al lettore numerosi spunti di riflessione e riuscendo ad attrarre l'attenzione anche di coloro che pur rimanendo scettici di fronte all'idea dei c.d. "beni comuni", non sono esonerati dalla necessità di dedicare un maggiore approfondimento a tali temi.

L'autore ritorna nuovamente sugli argomenti trattati nel volume *Beni comuni. Un manifesto* pubblicato nel 2011 con lo stesso editore, ma compie in questa nuova sede un ulteriore passo in avanti, rispondendo alle obiezioni e alle critiche che erano state precedentemente rilevate dalla dottrina.

L'idea dei beni comuni si afferma soprattutto a seguito delle lotte contro le privatizzazioni e più in generale contro le operazioni compiute dallo Stato o dal privato per sottrarre spazi e servizi al libero accesso della collettività, in

* U. MATTEI, *Il Benicomunismo e i suoi nemici*, Einaudi, Torino 2015, p. 113.

¹ F. BERGOGLIO, *Introduzione ad un possibile studio sugli "ismi"*, in *l'impegno, rivista di storia contemporanea*, a. XXVII, n. 1/2007, p. 27.

nome di presunti meccanismi di gestione considerati più idonei e funzionali a sfruttare tali risorse.

È bene ricordare che la Commissione Rodotà, incaricata di redigere un progetto di riforma del libro III (della proprietà) del codice civile, soprattutto relativamente alle norme in materia di beni giuridici, ha definito nel 2007 i beni comuni come: «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona, e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità».

Non si può però comprendere pienamente nessun discorso su questi temi, senza compiere in via preliminare una ricerca storica sui *commons* e sugli studi svolti da Elinor Ostrom, premio Nobel per l'economia nel 2009, le cui argomentazioni sono state utilizzate dai sostenitori della teoria dei beni comuni per replicare alle obiezioni avanzate dal celebre saggio del biologo ed economista americano Garrett Hardin, il quale nel suo lavoro *Tragedy of the Commons* aveva bollato i *commons* come “luoghi di non diritto”, cioè risorse sottratte al potere pubblico e privato, alla mercé dell'uso incontrollato di chiunque e pertanto inevitabilmente destinate ad esaurirsi e a diventare di nessuno.

La replica ai ragionamenti di Hardin è formulata attraverso la descrizione di una tassonomia dei beni organizzata secondo uno schema a quadrifoglio che combina i caratteri dell'escludibilità e della rivalità. Come ricorda l'autore, con il primo concetto Elinor Ostrom intende descrivere un bene dal quale è possibile tener fuori a costo basso tutti gli altri, mentre con il termine “rivale” intende individuare il consumo da parte di un soggetto il quale esclude che altri possano fare altrettanto. Ci sono beni che sono escludibili e rivali; altri che non sono né escludibili, né rivali e che sono i beni pubblici, come ad esempio un faro; altri ancora che sono escludibili, ma non rivali (per esempio una piscina in cui più persone possono nuotare insieme), ed infine beni collettivi che non sono “escludibili”, ma che sono “rivali” e cioè oggetto di possibile “tragedia”, per utilizzare la medesima espressione coniata da Hardin, in quanto suscettibili di un consumo diffuso ed eccessivo.

Si deve alla Ostrom non soltanto questa utile quadripartizione, ma anche lo studio sui modelli di governo più efficienti a seconda della tipologia di bene preso in considerazione.

L'autore prende spunto proprio dalle critiche che la Ostrom pone a Hardin ed elogia il metodo utilizzato dalla stessa per la costruzione di una vera e propria “fenomenologia dei beni comuni”.

Il lavoro di Ugo Mattei muove da queste considerazioni e viene pubblicato in un momento di particolare attenzione della dottrina verso tali problemi, tenuto conto che di recente si è ampliato enormemente il numero dei beni considerati comuni e la discussione non può più essere solamente di carattere storico e incentrata prevalentemente sullo studio delle terre di uso collettivo, ma riguarda beni come l'aria, l'acqua, la rete internet (e molto altro ancora). L'autore richiama alla memoria del lettore i referendum del 2011 contro la pri-

vatizzazione dell'acqua, ritenendo tale momento l'episodio più significativo per una vera e propria presa di coscienza collettiva intorno all'idea dei beni comuni nel nostro paese.

I tre capitoli che compongono il libro descrivono le tappe del percorso della proposta benicomunista che non può dirsi esaurita. Vengono spiegate al lettore le ragioni che hanno determinato un accantonamento della nozione dei beni comuni o più esattamente la loro «soppressione, prodotta dalla tenaglia micidiale tra statualità sovrana e appropriazione privata del capitale» (p. 19) e al contempo i fraintendimenti generati dalla mancanza di una riflessione supplementare in merito ai criteri per una esatta definizione.

Secondo l'autore «i beni comuni si possono pensare in modo autentico soltanto attraverso un doppio e non negoziabile rifiuto: innanzitutto quello del positivismo scientifico in ogni sua epifania, fondato sulla distinzione artificiale tra mondo dei fatti e mondo dei valori (essere e dover essere) e su quella meccanicistica tra soggetto pensante e oggetto pensato. In secondo luogo [rifiutando] il pensiero disciplinato, ossia quello che costruisce specialismo accademico e professionale e soprattutto la distinzione tra scienze sociali, tra natura e cultura, tra tecnica e politica, tra scienza e arte» (pp. 30-31). La prospettiva di studio dovrebbe quindi divenire quella del “potrebbe essere” perché è più facile dire che cosa “non sono” i beni comuni piuttosto che formulare una compiuta definizione o tracciare una tipologia.

Questa impossibilità di formulare una chiara definizione rischia di essere però un punto debole, che non viene superato neanche quando l'autore dichiara che non esistono «beni comuni separabili dall'uomo come specie, perché la natura altro non è che una grande rete di interrelazioni ecologiche (la rete della vita) e non un casuale deposito di oggetti materiali separabili uno dall'altro che il soggetto umano conosce» (pp. 39-40). La mancanza di confini definitivi certi sembra contrastare con un'altra esigenza, parimenti declinata nel libro, che evoca oggi l'importanza di un progetto politico costituente sui beni comuni. Sarebbe tuttavia assai semplicistico e banale ricondurre l'ampio e puntuale discorso intrapreso dall'autore solo opponendo la critica di una presunta adesione al filone ecologista che comunque merita di essere rilevata. In realtà, le maggiori perplessità intorno all'idea dei beni comuni sono desumibili soprattutto dal rilievo che una cosa è prospettare la necessità di un modello fondato su tre differenti concezioni: proprietà pubblica, proprietà privata e proprietà comune, bilanciando il rapporto tra i diversi elementi in modo da costruire una società più giusta dove la ricchezza ed il benessere siano maggiormente diffusi, altro sarebbe aderire radicalmente ad una proposta che rinneghi il duopolio pubblico-privato per aderire ad un modello non complementare, ma radicalmente alternativo fondato esclusivamente su una esasperata visione virtuale di comunità aperta.

Un ulteriore capitolo che merita di essere ricordato riguarda il problema e le difficoltà che devono essere affrontate nelle situazioni in cui il godimento o la protezione di un bene comune finisca per danneggiare un altro, con l'avverten-

za che non si tratta mai di una esperienza di parte che compete solo ad alcuni gruppi, ma è una sfida che si può vincere solo se dal basso tutti cooperano con uno sforzo congiunto, mettendo insieme risorse ed esperienze. Ciò in quanto, per l'autore «il benicomunismo evoca un orizzonte di senso profondamente egualitario nell'ambito di un modello cognitivo, comportamentale e antropologico che ritiene l'essere umano capace di dare il meglio di sé solamente qualora emancipato all'interno delle formazioni sociali in cui agisce la sua personalità» (p. 70). Indipendentemente dalla posizione patrocinata, il contributo dell'autore è fondamentale per il dibattito e per stimolare un proficuo dialogo tra le diverse prospettive, favorendo una riflessione aperta. In definitiva, il libro forse non soddisferà pienamente tutti i dubbi avanzati dai c.d. "nemici", ma rimane una preziosa ed indispensabile lettura che non può mancare nella biblioteca di chi è interessato a tali temi.

Notizie sugli autori

Giorgio Giannone Codiglione

Avvocato in Termini Imerese (Palermo). Docente a contratto di “Informatica giuridica, telematica e diritto dell’informazione” presso l’Università degli Studi di Palermo. Dottore di ricerca in Diritto privato comparato presso l’Università degli Studi di Salerno.

Paolo de Martinis

Notaio del distretto di Milano.

Paolo Moro

Avvocato in Pordenone. Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l’Università degli Studi di Padova.

Ottavia Murro

Dottore di Ricerca in diritto e procedura penale, Università La Sapienza

Ugo Scuro

Avvocato in Roma.

Giuseppe Spoto

Avvocato in Roma. Professore associato di Diritto privato presso l’Università degli Studi “Roma Tre”.

Giovanna Stanzione

Dottore di ricerca in procedura penale presso l’Università degli studi di Roma Tor Vergata

Paola Rizzuto

Esperto ambientale. Coordinatore della Commissione Difesa del Suolo ed Urbanistica del Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Cosenza.

Umberto Vincenti

Avvocato in Padova. Presidente della Scuola di Giurisprudenza e professore ordinario di Istituzioni di diritto romano presso l’Università degli Studi Padova.

Norme di Autodisciplina del Comitato dei revisori

1. I contributi inviati alla rivista per la pubblicazione sono soggetti necessariamente ad approvazione dei revisori.
2. La revisione è affidata, in conformità alle linee di politica editoriale della Rivista, a due membri del Comitato dei revisori all'interno di liste per area tematica formate in base alle indicazioni di settore.
3. È assicurato l'anonimato dei valutatori.
4. In caso di pareri contrastanti, la Direzione assume la responsabilità della decisione.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la Direzione promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio, assumendosi la responsabilità della verifica.

CRITERI REDAZIONALI

Si chiede agli autori di osservare i seguenti criteri redazionali.

I testi devono essere corredati da

- nome e cognome dell'autore
- qualifica (2 righe di presentazione, max 150 caratteri spazi inclusi)
- istituto universitario o ente di appartenenza
- recapiti (indirizzo completo, anche di posta elettronica, e numero di telefono)
- breve abstract in inglese (6/10 righe)

1. Sia il testo sia le note devono essere trasmessi via e-mail in formato Word all'indirizzo: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it.
2. Si raccomanda che gli **articoli** siano contenuti in **25.000 battute note comprese**. È preferibile che il testo sia suddiviso in parti o paragrafi non numerati. Per le **recensioni** il testo va contenuto in **7.500 battute note comprese** e, solo in casi eccezionali per l'importanza del libro recensito, in circa 10.000 battute note comprese.
3. Le **note a piè di pagina** devono essere possibilmente contenute in poche righe.

INDICAZIONI TIPOGRAFICHE

FORMATO PAGINA

Si prega di impostare la pagina con i seguenti margini:

- margine inferiore 2,5
- margine superiore 2,5
- margine destro 2,5
- margine sinistro 2,5

I rientri sono da impostare a 1 cm.

CARATTERI ED INTERLINEA

Il testo dell'articolo e delle note eventuali va impostato con interlinea 1 e in carattere Garamond sia in tondo che in corsivo.

TITOLI

I titoli degli articoli devono essere stampati in carattere Garamond, grandezza 13.

I titoli dei paragrafi, o delle parti del testo, in carattere Garamond, corsivo, grassetto, grandezza 11.

PARAGRAFI

Le parti o i paragrafi in cui è suddiviso il testo non vanno numerati.

NOTE A PIÈ DI PAGINA

Le note a piè di pagina vanno numerate progressivamente nel testo.

L'interlinea deve avere valore 1 e non devono essere impostati rientri.

CRITERI REDAZIONALI

I **nomi di enti, istituti, organizzazioni**, e simili, siano essi italiani o stranieri, vanno scritti in tondo senza virgolette e con l'iniziale maiuscola. Esempio: Camera di Commercio, Commissione Tributaria Centrale, Comunità Europea, Corte di Cassazione, Corte Costituzionale, Corte dei Conti, Ministero delle Finanze, Tribunale, Unione Europea, Università di Milano, Associazione Italiana Giovani Avvocati, Scuole forensi, Paesi, Facoltà di giurisprudenza.

Nei **nomi composti** da più parole e la maiuscola va usata di norma solo per la prima parola. Esempio: Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Corte di giustizia dell'U.E., ecc.

Negli acronimi l'uso delle maiuscole determinata dalla normalità della scrittura. Esempio: AIGA, UCPI, CNF, Coa.

Tale criterio vale anche per la punteggiatura. Esempio: CEDU, D.M., C.E.D. Cass.

Le **espressioni in lingua straniera** fatte proprie dall'autore nel contesto del discorso vanno scritte in corsivo: es. *iter, status, tout court, fair play*.

Non vanno scritte in corsivo le parole straniere entrate stabilmente nel lessico italiano (es., standard, leader, computer, common law).

Le parole latine vanno sempre in corsivo, salvo che si tratti di una citazione riportata tra virgolette (in tal caso andrà in tondo tra virgolette).

Per rispettare la **correttezza ortografica** nell'uso di ciascuna lingua, si segnala quanto segue:

- l'uso degli accenti, anche per quanto riguarda l'italiano («perché», non «perchè»; «poiché», non «poichè»; «cioè», non «cioé»; «è», non «é»);
- la è maiuscola non va scritta con apostrofo, ma: È (su Word: Inserisci - Simbolo);
- va rispettato l'uso degli spazi: per esempio, non inserire lo spazio prima dei segni di interpunzione, inserire lo spazio prima della parola che segue i segni. (... Assenza: allora...);
- per lo slash usare solo / e non \;

Si raccomanda infine di uniformare l'uso delle virgolette:

- virgolette basse o caporali («...»): per citazioni di testi e discorsi diretti.
- virgolette alte ("..."): per sottolineare parole alle quali si intende attribuire un particolare significato.

Termini quali avvocatura, consiglio dell'ordine ecc. vanno in minuscolo.

Le date devono essere scritte per esteso (Esempio: 9 febbraio 1995).

Citazioni: le citazioni in italiano o in lingua straniera vanno scritte **fra virgolette basse** («...») negli stessi caratteri del testo in cui sono inserite (tondo, se il testo è in tondo, corsivo, se il testo è in corsivo).

I **riferimenti** possono essere fatti fra parentesi nel testo (es., M. FUMAROLI, 2002, p. 402), se vi è bibliografia pubblicata in fondo all'articolo, oppure inserendo le note a piè di pagina.

Quando c'è un'omissione all'interno di una citazione, va segnalata non con i soli puntini, ma con puntini tra parentesi quadra [...]

Si prega di evitare le sottolineature e il neretto.

I **titoli** delle opere letterarie, cinematografiche, teatrali citati nel testo vanno indicati in corsivo (es. *Codice dei Diritti umani e fondamentali, Trattato dell'argomentazione, La lingua, la legge, la professione forense, Il verdetto*)

Per le citazioni di volumi: in maiuscoletto la iniziale del nome e, per esteso, il cognome dell'autore, titolo in corsivo, casa editrice, luogo di pubblicazione, anno di pubblicazione, volume o parte, pagina o pagine citate (p. / pp. – non pag. o pagg.): es. R. DANOVI, *Commentario del Codice deontologico forense*, Giuffrè, Milano 2001, p. 82.

La stessa regola vale per:

- i volumi collettivi, per i quali va aggiunta la segnalazione: (a cura di). Per esempio: A. MARIANI MARINI (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, Giuffrè, Milano 2003;
- i titoli di opere autonome pubblicate in raccolte generali o in volumi di *opera omnia*. Per esempio: S. CHIARLONI, *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, in N. PICARDI - B. SASSANI - F. TREGGIARI (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, E.S.I., Napoli 2001, p. 127.

Per le citazioni di articoli contenuti in riviste o pubblicazioni periodiche: iniziale del nome e, per esteso in maiuscoletto, cognome dell'autore, titolo in corsivo, titolo della rivista o del periodico abbreviato in corsivo, volume, anno, numero del fascicolo e delle pagine: es., M. ROSSI, *Ordinamento professionale e accesso alla professione*, in *Rass. forense*, 1/1995, p. 139.

La stessa regola vale per le citazioni di articoli o saggi contenuti in volumi collettivi: es., A. MARIANI MARINI, *L'argomentazione dell'avvocato*, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, PLUS, Pisa 2004.

Per la **ripresa di citazioni**, va usato il corsivo per le espressioni: *ibid.* e *op. cit.*, che non sono precedute dal titolo dell'opera; il tondo, per l'espressione: *cit.*, che è preceduta dal titolo dell'opera.

Per le citazioni di **opere su internet** l'indirizzo va scritto in tondo. Ad es. www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf.

Le citazioni dei **testi normativi** vanno abbreviate e scritte in tondo o in corsivo minuscoli secondo il carattere del testo (es.: l., d.lgs., d.P.R., reg.).

Recensioni: in testa vanno indicati gli elementi bibliografici completi del testo che si recensisce, sia esso libro o articolo, cioè il nome per esteso dell'autore o degli autori, il titolo completo (compreso il sottotitolo, se esiste), il luogo e la data di pubblicazione e il numero delle pagine: es., HERBERT L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965, pp. 329.

I titoli in lingua che usano un alfabeto non latino o in lingua non alfabetica vanno citati nella traslitterazione scientifica in lettere latine, seguita dalla traduzione nella lingua in cui è scritto il saggio.

Le tabelle e i grafici vanno numerati progressivamente, con l'indicazione del titolo in corsivo: (es., Tabella 1. *Scuole forensi italiane*; Figura 1. *Scuole forensi italiane*). L'indicazione della fonte da cui i dati sono tratti va posta in calce alla tabella o al grafico.

Le abbreviazioni delle riviste e pubblicazioni periodiche e di dizionari ed enciclopedie vanno eseguite secondo la prassi editoriale comune.

Es.: OSTI, voce "Contratto", in *Noviss. Dig. It.* IV, Torino 1959, 462.

Cass. 29 settembre 1977, in *Riv. Pen.*, 1977, p. 952.

Sigle

cap. e capp. = capitolo e capitoli

cfr. = confronta: rimanda genericamente a un testo, senza indicare un punto preciso

cit. = citato

ed. = edizione

et al. = e altri

fig. e figg. = figura e figure

ibid. = nello stesso testo che è stato citato nella nota precedente, ed esattamente nella stessa pagina; seguito dal numero di pagina se queste ultime sono diverse

infra = vedi più avanti

n. e nn. = nota e note

[N.d.A.] = nota dell'autore

[N.d.C.] = nota del curatore

[N.d.R.] = nota del redattore

[N.d.T.] = nota del traduttore

p. e pp. (e non: pag. o pagg.) per indicare la singola pagina o le pagine

par. e parr. = paragrafo e paragrafi

passim = in diversi punti (quando il concetto a cui si fa riferimento è espresso in una fonte non in una pagina precisa ma qua e là)

s. e ss. = seguente e seguenti

s.d. = senza data (nel caso in una fonte non sia riportata la data di edizione)

s.l. = senza luogo (nel caso in una fonte non sia riportato il luogo di edizione)

sez. = sezione

[*sic*] = proprio così. Si usa quando si riporta una citazione che contiene una parola strana o sbagliata, facendo così capire che non si tratta di errore proprio ma dell'autore della citazione.

tab. = tabella

tav. = tavola

tr. o trad. = traduzione

vol. e voll. = volume e volumi

Abbreviazioni

FONTI E VOCI ATTINENTI

Corte eur. dir. uomo = Corte europea dei diritti dell'uomo
G.U.P = Giudice dell'udienza preliminare
Atti parl. Cam. = Atti parlamentari della Camera dei deputati
Atti parl. Sen. = Atti parlamentari del Senato
circ. = circolare
d. interm. = decreto interministeriale
d.C.p.S. = decreto del Capo provvisorio dello Stato
disp. prel. = disposizioni sulla legge in generale (preliminari al codice civile)
disp.reg. = disposizioni regolamentari
d.l. = decreto-legge
d.lgs. = decreto legislativo
d.m. = decreto ministeriale
d.P.R. = decreto del Presidente della Repubblica
d.p. giunta reg. = decreto del presidente della giunta regionale
l. = legge
l. cost. = legge costituzionale
l. rg. = legge regionale
l. prov. = legge provinciale
r.d.l. = regio decreto-legge
r.d.lgs. = regio decreto legislativo
r.d. = regio decreto
reg. = regolamento
r.m. = risoluzione ministeriale
t.u. = testo unico

ORGANI GIUDICANTI

App. = corte di appello
App. mil. = corte militare di appello
Ass. = corte di assise
Ass. app. = corte di assise di appello
BGH = Bundesgerichtshof
BverfG = Bunderverfassungsgericht
Cass. = Corte di cassazione
Cass., sez. un. = Corte di cassazione, sezioni unite
Cass. civ. = Corte di cassazione civile
Cass. pen. = Corte di cassazione penale
C. conti = Corte dei conti
C. cost. = Corte costituzionale
C. giust. CECA = Corte di giustizia della Comunità europea del carbone e dell'acciaio
C. giust. CE = Corte di giustizia delle Comunità europee
C.I.J. = Court internationale de justice
Coll. Arb. = Collegio Arbitrale
Comm. centr. imp. = commissione centrale delle imposte
Comm. tribut. 1° = commissione tributaria di 1° grado
Comm. tribut. 2° = commissione tributaria di 2° grado
Com. tribut. centr. = Commissione tributaria centrale
Cons. reg. sic. = Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana
Cons. St. = Consiglio di Stato
Cons. St., ad. gen. = Consiglio di Stato, adunanza generale
Cons. St. ad. plen. = Consiglio di Stato, adunanza plenaria
G.U.P = Giudice dell'udienza preliminare
Giud. Pace = Giudice di pace
G.I. = Giudice istruttore
G.I.P. = Giudice per le indagini preliminari

Giud. Tut. = Giudice tutelare
Lodo arb. = Lodo Arbitrale
Proc. Rep. = Procura della Repubblica
Proc. Gen. App. = Procura generale presso la Corte d'appello
P.M. = Pubblico ministero
Pret. = pretura
TAR = tribunale amministrativo regionale
Trib. = tribunale
Trib. acque = tribunale regionale delle acque pubbliche
Trib. Ce = tribunale di I grado delle Comunità europee
Trib. mil. = tribunale militare territoriale
Trib. sup. acque = Tribunale superiore delle acque pubbliche
Trib. sup. mil. = Tribunale supremo militare

DIZIONARI ED ENCICLOPEDIA

Digesto Pen. = Digesto IV ed. Disciplinare penalistiche
Digesto Civ. = Digesto IV ed. Disciplinare privalistiche - Sezione Civile
Digesto Comm. = Digesto IV ed. Disciplinare privalistiche - Sezione Commerciale
Digesto Pubbl. = Digesto IV ed. Disciplinare pubblicistiche
Enc. Dir. = Enciclopedia del Diritto
Enc. forense = Enciclopedia forense
Enc. giur. = Enciclopedia giuridica, Treccani
Enc. giur. Lav. = Enciclopedia giuridica del lavoro
N.D.I. = Nuovo digesto italiano
Nss. D.I. = Novissimo digesto italiano

COSTITUZIONE, CODICI e ATTI INTERNAZIONALI

Accordo = Accordo
c.c. 1865 = Codice civile del 1865
c. cons. = Codice del consumo
c. nav. = Codice della navigazione
c. p.i. = Codice della proprietà industriale
c.str. = Codice della strada
c. comm. = Codice di commercio
c.p.c. = Codice di procedura civile
c.p.p. 1930 = Codice di procedura penale del 1930
c.p.p. = Codice di procedura penale
c.p.m.g. = Codice penale militare di guerra
c.p.m.p. = Codice penale militare di pace
c.p. = Codice penale
Conv. = Convenzione
Cedu = Convenzione europea dei diritti dell'uomo
Cost. = Costituzione della Repubblica
Dir. = Direttiva
Disp. Att. = Disposizione di attuazione
L. inv. = Legge invenzioni
L. fall. = Legge fallimentari
Trattato = Trattato