

ISSN 2704-8667
[online]

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA

Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche, Economiche e Sociali

International Review of Legal, Economic and Social Science



con il patrocinio
dell' Università degli Studi di Napoli Parthenope

WWW.ISTITUZIONIDIRITTOECONOMIA.EU

Anno II
Numero 1 -2020
GENNAIO – APRILE

IERDISAF

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA

Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche, Economiche e Sociali
International Review of Legal, Economic and Social Science

Periodico scientifico quadrimestrale *open access* di dottrina, giurisprudenza
e documentazione pubblicato all'indirizzo:

URL <https://www.istituzionidirittoeconomia.eu>

Editore (*Publisher*):

IERDISAF – Istituto Europeo di Ricerca e studio comparato del
Diritto e delle Scienze Amministrative e Finanziarie – NAPOLI (IT)
C.F. 95228970638

Sede, Redazione e Direzione della Rivista:

c/o IERDISAF
Via Traversa Nuova Marina n. 8 – 80133 Napoli (IT)

Contatti:

Tel. (+39) 371 11 96 605
Email: redazione@istituzionidirittoeconomia.eu

Direttore Responsabile:

Avv. DOMENICO DENTE GATTOLA

Data pubblicazione web:

APRILE 2020

DIREZIONE SCIENTIFICA

Direttore: DOMENICO CROCCO, *IERDISAF – UPM Uni-internazionale, Milano* - Condirettori: DARIO LUONGO, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - FEDERICO PICA, *SVIMEZ - Università degli Studi di Napoli Federico II* - ANDREA A. SALEMME, *Corte di Cassazione* - MARCO TIBERII, *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

COMITATO SCIENTIFICO

SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - CARLO AMATUCCI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - CARLO AMIRANTE, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - ENRICO BONELLI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - SERGIO CAPOZZI, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - RAFFAELLO CAPUNZO, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - ANDREA R. CASTALDO, *Università degli Studi di Salerno* - STEFANO CHERTI, *Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale* - MANLIO INGROSSO, *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli* - PIER FRANCESCO LOTTITO, *Università degli Studi di Firenze* - VINCENZO MASTRONARDI, *Sapienza Università di Roma* - GIOVANNI NERI, *IERDISAF – UPM Uni-internazionale, Milano* - EMILIO PAGANO, *Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli* - GIORGIO SPANGHER, *Sapienza Università di Roma* - GENNARO TERRACCIANO, *Università degli Studi di Roma Foro Italico* - SALVATORE VILLANI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - PAOLO WULZER, *Università degli Studi di Napoli L'Orientale*

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

SANDRA CASSOTTA, *Aalborg University Copenhagen, Danimarca* - RENATA FRANC, *Institute of Social Sciences Ivo Pilar, University of Zagreb, Croazia* - MARGARETH HELFER, *Istituto di Diritto Italiano, Universität Innsbruck, Austria* - ANTHONY W. MCKENZIE, *Miami International University, USA* - ANDREA NUVOLI, *Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, Spagna* - CARMEN PARRA RODRIGUEZ, *Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, Spagna* - COSIMO RISI, *USI, Lugano, Svizzera* - FRANCESCO A. SCHURR, *Istituto di Diritto Italiano, Universität Innsbruck,*

*Austria - SILVIA TRIFONOVA, University of National and World Economy
Sofia, Bulgaria - MATTHIAS THEODOR VOGT, Hochschule Zittau-
Görlitz, University of Applied Sciences, Germania*

RAPPORTI INTERNAZIONALI

SALVATORE VILLANI, *Università degli Studi di Napoli Federico II*

COMITATO DI REDAZIONE

ANGELINA CIRILLO, MASSIMINO CRISCI, IVAN CUOCOLO
JEAN PAUL DE JORIO, MARCELLA FERRANTE
MICHELE MICCOLI

SEGRETERIA DI REDAZIONE

FRANCESCO CAMPLANI, CARMINE A. A. QUERCIA
LUCIA ROCCO, FULVIO TUDISCO,

DIRETTORE RESPONSABILE

DOMENICO DENTE GATTOLA

Con il patrocinio dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope



* * * * *

La Rivista *Istituzioni Diritto Economia*, che tratta esclusivamente argomenti scientifici e si avvale della collaborazione di diverse Istituzioni Universitarie italiane e straniere, è un periodico scientifico senza finalità lucrative pubblicato, con periodicità quadrimestrale, esclusivamente *online*.

Essa è resa liberamente disponibile secondo i canoni dell'*Open Access*, in accordo con i principi espressi nella Dichiarazione di Berlino: accesso aperto alla conoscenza, massima diffusione e visibilità sul *WEB* per la ricerca scientifica, diffusione pubblica dei risultati delle ricerche finanziate con fondi pubblici e/o privati. Il lettore può infatti condividere, riprodurre, distribuire, stampare e comunicare al pubblico ogni lavoro scientifico pubblicato su *Istituzioni Diritto Economia*, con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dal diritto d'autore, in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale della Rivista, nonché dell'autore del contributo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono sempre a titolo gratuito. Le opere pubblicate su la Rivista *Istituzioni Diritto Economia* sono attribuite dagli autori. Sono fatte salve, in ogni caso, le garanzie previste dalla disciplina vigente in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (legge n. 633/1941).

La Rivista non è soggetta alla registrazione presso il Tribunale, dal momento che tale adempimento è obbligatorio per le pubblicazioni

periodiche *online* esclusivamente per le attività per le quali i prestatori dei servizi intendano avvalersi delle provvidenze in favore dell'editoria previste dalla legge 7 marzo 2001, n. 62, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 7 del decreto legge n. 70 del 2003.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli della Rivista *Istituzioni Diritto Economia*, può essere utilizzata la forma di seguito indicata: N. COGNOME, Titolo del contributo, in *Istituzioni Diritto Economia – Rivista online*, Anno I, Num. 1, 2019, p. 10 ss.

Peer review.

Salvo diversa indicazione, tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo sono soggetti a previa valutazione secondo il metodo *double blind peer review*.

La redazione della Rivista conserva idonea documentazione di tutte le operazioni della procedura di referaggio.

Avvertenza.

Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze.

INDICE

EDITORIALE

<i>L'emergenza sanitaria ed economica: una prova impegnativa per il mondo della cultura</i>	»	4

CONTRIBUTI E RICERCHE

ANDREA A. SALEMME		
<i>Coronavirus: Costituzione sospesa... e non nel senso del caffè</i>	»	8
FEDERICA DINOIA		
<i>Coronavirus e legalità</i>	»	55
ROBERTO SUCCIO		
<i>Il divieto di bis in idem nel sistema repressivo penale tributario</i>	»	82
FEDERICO GASPARINETTI		
<i>I patrimoni "operativi" destinati ad uno specifico affare: nuove opportunità e profili di criticità</i>	»	126
OSCAR CALAVITA		
<i>La contro-riforma Bonafede delle intercettazioni: sul captatore informatico rimangono alcune perplessità</i>	»	152
IVAN CUOCOLO		
<i>Notazioni su alcuni aspetti del pensiero criminalistico di Cesare Lombroso</i>	»	170
GIUSEPPINA BELLOISI		
<i>Le opere d'arte nell'Italia liberale tra interesse pubblico e proprietà privata: il disegno di legge di Ferdinando Martini</i>	»	183
DARIO LUONGO		
<i>Rinnovamento e dialogo interdisciplinare: note sulla storiografia giuridica italiana</i>	»	276
JEAN PAUL DE JORIO		
<i>Emergenza sanitaria e diritti fondamentali: prove tecniche di regime?</i>	»	315

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

VINCENZO VISONE

- La trasparenza amministrativa al vaglio della Corte costituzionale*
(Nota a Corte costituzionale, sentenza 21 febbraio 2019, n. 20).. » 341

BARBARA KNOLL

- La divisione della comunione ereditaria e il fabbricato abusivo* (Nota a Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenze 7 ottobre 2019, n. 25021)..... » 378

SERENA M. SCALERA

- Il pegno di quote di s.r.l. si costituisce con l'iscrizione nel registro delle imprese* (Nota a Corte di Cassazione, sezione I Civile, sentenza 27 novembre 2019, n. 31051)..... » 396

JEAN PAUL DE JORIO

- Stato di diritto e normativa in materia di interdittive antimafia: una frattura che permane insanabile* (Nota a Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza 24 aprile 2020, n. 2651)..... » 409

RECENSIONI

- GIOVANNI NERI, *Criminologia giuridica. Un'ipotesi sistematica, in Collana di Diritto e Diritto comparato – Jus & Comparative Law*, Anno VI, n. 14, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2020
(a cura di VINCENZO M. MASTRONARDI) » 424

Editoriale



L'EMERGENZA SANITARIA ED ECONOMICA: UNA PROVA IMPEGNATIVA PER IL MONDO DELLA CULTURA

Il nuovo numero della Rivista esce mentre è in corso una drammatica emergenza sanitaria ed economica, senza dubbio la più grave dal secondo dopoguerra. Come tutti i momenti di crisi, anche questo è aperto a molteplici sbocchi. Può contribuire ad aggravare vizi di lunga durata di un paese, rendendo più acute ingiustizie e irrazionalità che rinviano a nodi storici irrisolti, ma può essere anche la premessa di una rinascita imperniata su un nuovo patto di cittadinanza.

Nesso che fu lucidamente colto dalla più avvertita riflessione illuministica meridionale in occasione del terremoto che colpì la Calabria il 5 febbraio 1783, il cosiddetto ‘mercoledì dei calabresi’. In quell’occasione Ferdinando Galiani, uno degli uomini più brillanti del Settecento napoletano, autore precocissimo, a soli 22 anni del Trattato della moneta, uno dei capolavori della nascente scienza economica, scrisse che il terremoto poteva costituire l’occasione per mettere mano ai mali endemici che affliggevano il Mezzogiorno e avviare un nuovo corso riformatore.

Allora come oggi è decisivo il contributo dell’intelligenza critica. Di fronte all’attuale drammatica situazione è necessario che il mondo della cultura faccia sentire la sua voce non solo per correggere errori di gestione dell’emergenza, ma anche e soprattutto per delineare i capisaldi di una prospettiva di rinnovamento.

Numerosi sono oggi i problemi sul tappeto. Innanzitutto la questione decisiva dei poteri con cui gestire un’emergenza di enorme portata. I costituenti italiani memori di come la prefigurazione di poteri eccezionali, sia pure disciplinati dal testo costituzionale,

potesse costituire la premessa di derive autoritarie, evitarono di normare quella materia. E alla luce del complessivo impianto costituzionale e della gerarchia delle fonti da esso disegnata che dev'essere perciò affrontata la questione con cui gestire l'emergenza. In questo numero della Rivista tre ampi contributi sono dedicati al tema. Tema che implica a sua volta il rapporto fra Stato, regioni e poteri locali: un nodo problematico che è stato fin dal primo numero della Rivista al centro della nostra attenzione.

Come lo è stato quello dell'Unione europea. Oggi più che mai questa è a un bivio. Dal modo di affrontare l'emergenza economica innescata da quella sanitaria dipenderà, nel giudizio di centinaia di milioni di cittadine e di cittadini che la compongono, la valutazione dei costi e dei benefici dell'intero processo di edificazione europea. Mai come in questo momento le scelte economiche che saranno adottate decideranno della costituzione materiale dell'Unione. Si tratterà di vedere come in quale misura questa, affrancandosi da anguste ed egoistiche impostazioni del passato, saprà farsi promotrice di nuovi, più elevati livelli di cittadinanza sociale. Si tratta di un passaggio cruciale, considerato anche che le politiche nazionali sono oggi in larghissima misura determinate da scelte operate in sede europea. Su quella decisiva materia, destinata a impattare sulla costituzione materiale di singoli Stati, dev'essere vigile l'attenzione della cultura giuridica, economica e politologica. Quel tema continuerà ad essere al centro degli interessi della nostra Rivista.

Che potrà valersi su questa come su altre materie, come mostra l'attuale numero, di un sempre e più largo contributo di studiosi stranieri, accentuando così quell'internazionalizzazione che fin dall'inizio ha costituito una delle direttrici del nostro impegno.

Al riguardo, diamo il benvenuto nel comitato scientifico internazionale ai colleghi Francesco A. Schurr e Margareth Helfer, entrambi dell'Istituto di

Diritto Italiano dell'Università di Innsbruck, che hanno accettato di condividere la nostra avventura editoriale. Purtroppo il secondo anno di vita della Rivista ha inizio in un momento quanto mai difficile. Confidiamo di saper essere, con rinnovato entusiasmo, all'altezza delle nuove sfide che ci sono di fronte.

Contributi e Ricerche



ANDREA ANTONIO SALEMME*

CORONAVIRUS: COSTITUZIONE SOSPESA ... E NON NEL SENSO DEL CAFFÈ

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Inquadramento costituzionale: stato di guerra.... - 3. (Segue) ... e stato di pace. - 4. Problematiche ordinamentali ed istituzionali. - 5. Questioni inerenti la tutela della salute. - 6. L'ingresso sulla scena dei dd.ll. 6/2020 e 19/2020. - 7. Un po' di storia. - 8. Rapporti Stato-Regioni-Comuni. - 9. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'attuale emergenza sanitaria, che si staglia alle spalle delle giornate di restrizione domiciliare, è sotto gli occhi di tutti: si tratta di una situazione tragica che costringe l'intera nazione a sacrifici. Si tiene subito a precisare: non solo da parte dei cittadini, tenuti ad osservare grandi limitazioni nell'esercizio di libertà e diritti, ma, anche, da parte dei vertici istituzionali, statali e locali, chiamati ad adottare repentine misure impopolari, nella speranza di curare il bene pubblico nel miglior modo possibile.

La gravità del momento certamente rende superflua ogni critica sterile, ma è necessario comunque interrogarsi se, in un Paese democratico, siano stati rispettati tutti i criteri di intervento per i quali i Padri costituenti si sono fermamente battuti.

L'attenzione si rivolge, in particolare, al principio di legalità, che, nelle sue tante sfaccettature, di diritto amministrativo prima che penale, rappresenta forse l'emblema dell'impostazione post-repubblicana, esprimendo la necessità che, in uno Stato di diritto, l'esercizio del potere sia ancorato alla legge, quale frutto di un dibattito parlamentare, a sua volta costituente il riflesso dialettico-compromissorio della rappresentanza elettorale. In altre parole, le scelte istituzionali devono

* Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Suprema Corte di cassazione.

essere espressione, seppur indiretta, del popolo, unico titolare della sovranità (art. 1, co. 2, Cost.): ed il popolo, in ossequio alla concezione illuministica, non può legiferare *contra se*¹.

La funzione sottesa al principio in parola è, evidentemente, garantista, volendo, così, bandire dal nostro sistema, in sede sia di produzione che di applicazione delle norme, ogni forma di arbitrarietà.

Con la caduta del fascismo, talmente sentita era quest'esigenza che la Costituzione ha previsto numerosi richiami al principio di legalità, riservando, esplicitamente o implicitamente, alla legge, che può intendersi in modo assoluto, e talvolta rinforzato, ovvero 'solo' relativo, la possibilità di limitare libertà così compenstrate alla democrazia e per traslazione alla Repubblica da porsi come fondamentali².

Avuto riguardo ai sacrifici conseguenti alla diffusione del Coronavirus, non viene in linea di conto soltanto la libertà di circolazione, riduttivamente ricordata nel preambolo del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, laddove, a proprio fondamento, recita: "*Visto l'articolo 16 della Costituzione, che consente limitazioni della libertà di circolazione per ragioni sanitarie*". Rilevano certamente le libertà di circolazione e però anche di soggiorno ed espatrio, di cui all'art. 16 Cost., l'unica previsione, tra tutte le libertà costituzionalmente garantite, che, a proposito peraltro soltanto di quelle di circolazione e di soggiorno, espressamente fa salve "*le limitazioni che la legge stabilisce* [– notasi –] *in via generale per motivi* [specificamente] *di sanità* [...]" (co. 1). Ma rilevano

¹ "Il popolo, si sa, in base all'art. 1 comma 2° Cost. detiene la sovranità e la detiene non soltanto quoad titulum ma anche quoad exercitium; tuttavia, a parte i modi di esercizio diretto che la Costituzione gli riconosce [...], esso riesce in qualche modo a garantirsi – tramite la legge e i molteplici organismi che presiedono alla formazione dei più importanti organi statali – che la volontà dello Stato sia conforme ai propri interessi più generali soltanto con la rappresentanza politica, alla cui formazione esso stesso si applica periodicamente. Il rapporto di rappresentanza fa sì che qualsiasi manifestazione di volontà delle camere possa essere legittimata dalla presunzione della sua rispondenza alle esigenze espresse dal corpo elettorale al momento della elezione" (intervento di Marcello Capurso, *sub Incontri-Capurso*, in R. BALLARDINI - G. MOTZO - M. CAPURSO, *Legislazione e decadenza dei progetti di legge*, in *Rassegna parlamentare. Rivista mensile di studi costituzionali e di documentazione legislativa*, 1968, p. 142).

² In argomento di riserva di legge, negli scritti della dottrina, il fondamento garantista si compenetra in vario modo e secondo varie combinazioni con quello democratico (anzi democratico-parlamentare). Per una dettagliata panoramica sulle varie opinioni, G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovra-statali*, Torino, 2019, pp. 24 ss.

altresì, quantomeno, la libertà di riunione, di cui all'art. 17 Cost., quella di culto, di cui all'art. 19 Cost., quelle di insegnamento ed apprendimento, di cui agli artt. 33 e 34 Cost., e quella di iniziativa economica, di cui all'art. 41, co. 1, Cost.): tutte libertà fondamentali, comprimibili solo *ex lege*.³

Che perimetro ha, dunque, la legge? Possono rientrarvi anche gli atti governativi aventi forza di legge? La prassi ritiene di dare risposta affermativa a questo quesito; ma persistono zone grigie, in cui il confine tra legalità ed incostituzionalità non è così invalicabile.

Da questo punto di vista, la pandemia in corso rappresenta un banco di prova per il sistema costituzionale ed in special modo per il potere esecutivo, sia a livello centrale che a livello periferico.

Può, ma solo in linea di principio e con le radicali riserve che si illustreranno, convenirsi che correttamente il governo abbia emanato un iniziale decreto-legge, il n. 6 del 23 febbraio 2020, ad oggi l'unico convertito⁴, stante l'ovvia sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza di cui all'art. 77, co. 2, Cost.; ad esso, pressoché integralmente abrogato e sostituito dal d.l. 19/2020⁵ per 'puntellarne' la tenuta nelle

³“È vero che la libertà di circolazione può essere limitata ‘per motivi di sanità o di sicurezza’ (art. 16, comma primo, Cost.), ma nel nostro caso più che una limitazione è avvenuta una soppressione. Il diritto di riunirsi può incontrare un divieto ‘per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica’ (art. 17, terzo comma, Cost.), ma solo se le riunioni che avvengono in luogo pubblico mentre sono state rigorosamente vietate anche tutte le riunioni in luoghi privati. Si è giunti a non consentire l’esercizio in comune, sia in pubblico che in privato, della fede religiosa e sono state prese misure che hanno impedito il lavoro e l’attività economica”. Non solo: “Anche la libertà personale è stata limitata, sia con l’applicazione della misura della quarantena precauzionale ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che rientrano da aree, ubicate al di fuori del territorio italiano’ (art. 1, comma 1, lett. d del d.l. 25 marzo 2020, n. 19), sia con il ‘divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus’ (art. 1, comma 1, lett. e d.l. n. 19 cit.). E inoltre [...] con l’art. 14 d.l. 9 marzo 2020, n. 14[...] sono state introdotte una serie di deroghe significative alla normativa sul trattamento dei dati personali” (intervento di Giorgio Lattanzi in F. DE STEFANO, *La pandemia aggredisce anche il diritto? Intervista a Corrado Caruso, Giorgio Lattanzi, Gabriella Luccioli e Massimo Luciani*, in *Giustizia insieme*, 2 aprile 2020, reperibile all’indirizzo <https://www.giustiziasieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/961-la-pandemia-aggredisce-anche-il-diritto>).

⁴ Dalla legge 5 marzo 2020, n. 13.

⁵ Ai sensi dell'art. 5, co. 1, lett. a), è abrogato “il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ad eccezione degli articoli 3, comma 6-bis, e 4”.

parti più carenti sotto il profilo della costituzionalità, cui si accennerà in prosieguo, è però seguito un lungo corteo di d.P.C.M.; ed ai d.P.C.M. si affiancano, previ e successivi, compatibili ma anche non, e comunque ulteriori ed eterogenei, numerosissimi atti a vocazione *lato sensu* normativa, quali le ordinanze *extra ordinem* (fonti giornalistiche contano ai primi di aprile circa 150 provvedimenti in tutto, tra centrali e locali).

È soprattutto in ordine a questi atti – d.P.C.M. ed ordinanze *extra ordinem* – che si impongono riflessioni a prima lettura sul tema del rispetto della legalità, anzitutto costituzionale: può dirsi rispettata la funzione di garanzia sopra menzionata da un meccanismo che devolve agli stessi il potere di comprimere libertà e diritti fondamentali dei consociati?

La realtà è che – *in primis* attraverso i citati d.P.C.M., che di per sé esautorano “dai rispettivi ruoli tanto il Capo dello Stato, che non vede il testo del provvedimento, quanto il parlamento, giacché tale fonte non è sottoposta al vaglio delle Camere”⁶ e che, inoltre, come si vedrà, nelle intenzioni del governo, sono preordinati a fagocitare le ordinanze *extra ordinem* delle autorità locali – “si sta realizzando oggi in Italia una gestione commissariale dell'emergenza. Formalmente è tutto in regola, geometricamente razionalizzabile secondo una visione ‘alla Kelsen’”, eppure non si può non “convenire nella constatazione che sostanzialmente la Costituzione è sospesa”⁷.

In considerazione di ciò, occorre ragionare di legalità in termini non meramente formali, alla luce della spasmodica produzione normativa primaria e soprattutto sub-primaria e provvedimentale che, dopo la dichiarazione d'emergenza del 31 gennaio 2020, si snoda in uno stillicidio continuo di interventi di autorità riconducibili tutte al potere esecutivo: Presidente del Consiglio dei ministri; singoli ministri, in testa quello della salute; Capo della protezione civile; “Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento” ex art. 122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, nominato con il solito d.P.C.M., ai sensi del co. 1, e dotato, egli pure, ai sensi del co. 2, di

⁶ G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: governo e parlamento al banco di prova del Covid-19*, in *Nomos*, 2020, 2, reperibile all'indirizzo <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/03/Stegher-Problemi-giuridici-dellemergenza-Corona-virus.pdf>.

⁷ Intervento di Salvatore Prisco in S. PRISCO - F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, Paper del 24 marzo 2020, 3, reperibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it>.

amplissimi poteri, da esercitare – “*in deroga a ogni disposizione vigente, [ma per fortuna almeno] nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea*” – sotto forma di “*provvedimenti necessari*” – *alias* ordinanze *extra ordinem* – aventi “*natura non normativa*”; eppoi Presidenti di Regione e Sindaci.

Di fronte ad una situazione di tal genere, il principio di legalità si espone alla critica di assumere le vesti di una meta-riserva: un espediente, cioè, che, se nel conio purista della legalità costituzionale aveva come scopo quello di far cadere le maschere della finzione per costringere in ultimo il parlamento alle responsabilità della realtà, è ora, invece, suscettivo di avere come esito solo quello di diluire il rigore della Costituzione, sciogliendosi in una riserva non legislativa, paradossalmente espressa da riserve anche assolute e rinforzate di legge.

2. Inquadramento costituzionale: stato di guerra ...

I problemi giuridici che il Coronavirus fa affiorare a pelo d'acqua sono numerosi ed assai complessi, ma, nel tentativo di canalizzarli ad unità per avviarli ad una pur embrionale sistematizzazione, par di potersene rinvenire la causa primigenia in un'asimmetria che già ‘a monte’ caratterizza la Costituzione. La quale si pone bensì il ‘problema dei problemi’, rappresentato dall’evenienza che il Paese possa aver bisogno di un diritto dell’emergenza, ma ne circoscrive il presupposto esclusivamente allo stato di guerra.

E la disciplina relativa allo stato di guerra, ben lungi dall’esautorare il parlamento in nome della rapidità e dell’efficacia delle decisioni, più agilmente adottabili dal governo senza le pastoie delle procedure – e le possibili soperse – delle maggioranze parlamentari, spacchetta la responsabilità politico-istituzionale in tre, attribuendo assoluta centralità al parlamento: ai sensi degli artt. 78 e 97, co. 9, Cost., infatti, sono le Camere che “*deliberano lo stato di guerra*”, è il Presidente della Repubblica che “*dichiara lo stato di guerra deliberato dalle Camere*” e, circolarmente, sono di nuovo le Camere che “*conferiscono al governo i poteri necessari*”: “*necessari*”, e non “*pieni*”⁸. Nello spacchettamento tripartito,

⁸ Ricorda G. FRANCISCI, *Pieni poteri e legislazione di guerra*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, pp. 946 e 948 s., a proposito del cd. ‘periodo di neutralità armata’ antecedente la partecipazione del Regno d’Italia alla Prima Guerra Mondiale – un periodo tecnicamente non emergenziale – *il governo del Re [purtuttavia] manifestò la sua concezione della gestione dell'emergenza aggirando le norme che pensava limitassero la sua efficacia [...] e*

dunque, né il Presidente della Repubblica né, a maggior ragione, il governo sono attributari di poteri originari: l'uno è attributario di un potere consequenziale, l'altro, oltretutto riguardato nella sua dimensione collegiale e non nelle figure dei suoi componenti, di “*poteri*” bensì “*necessari*”, eppur derivati, alla stregua di una logica emulante il meccanismo della delegazione legislativa ai sensi dell'art. 76 Cost.⁹.

In sintesi, l'esempio dello stato di guerra, che può considerarsi verosimilmente quello di massima emergenza del Paese, fa trasparire un modello costituzionale di diritto dell'emergenza in cui il parlamento decide quali poteri derogatori, rispetto all'ordinarietà, conferire al governo, e, in prospettiva, con quali controlli.

imponendone delle nuove che accrescessero le sue competenze persino nella sfera individuale dei sudditi. A titolo esemplificativo si citano, per il primo punto, il provvedimento [...] che consentì alle amministrazioni dell'Esercito e della Marina di derogare temporaneamente alle norme di contabilità dello Stato e, per il secondo punto, il testo con cui il governo si conferì la possibilità di espropriare i diritti di privativa nell'interesse della difesa nazionale e per uso militare. È indicativo che, anche in una fase non di emergenza, avendo l'Italia dichiarato la neutralità il 2 Agosto, il governo regolò delle questioni, impellenti solo per uno Stato di guerra [...] e non per uno neutrale, tramite decreto escludendo così il parlamento, chiamato solo a convertire in legge quanto stabilito dal governo”. Ebbene, la legge 22 maggio 1915, n. 671, “con il suo articolo unico conferì [...] al governo del Re i ‘pieni poteri’, ovvero la possibilità di ‘emanare disposizioni aventi valore di legge per quanto sia richiesto dalla difesa dello Stato, dalla tutela dell’ordine pubblico e da urgenti o straordinari bisogni della economia nazionale’. La facoltà era concessa al governo ‘in caso di guerra e durante la guerra medesima’ e [...] aveva vasta portata dando al potere esecutivo la possibilità di intervenire in tutti gli ambiti della vita dello Stato e dei cittadini. Con l’approvazione da parte della Camera dei deputati del testo presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (C.d.M.) Salandra, il parlamento usciva de facto dalla scena politico-istituzionale italiana che fu dominata per l’intera durata della guerra dall’esecutivo [...]”. Aggiunge, di seguito, assai acutamente, l’A.: “E non bisogna considerare quest’uscita di scena come normale o comunque giustificabile dall’emergenza bellica: com’è noto, infatti, non si ebbe una tale subordinazione del legislativo all’esecutivo negli altri Stati in guerra, così come non si era verificata neanche nell’Italia unitaria nei precedenti casi di conferimento di poteri”.

⁹ Da un lato, “il carattere eccezionale dell’art. 76 Cost. e il principio di inderogabilità delle competenze costituzionali circoscrivono l’operatività dell’istituto della delega legislativa al solo ordinamento statale e ne escludono la riferibilità agli ordinamenti regionali (sentenze nn. 221/1992, 69/1983 e 32/1961; ordinanza n. 209/2005)”; ma, dall’altro, “in linea di principio, è consentito l’impiego della delega legislativa anche nelle materie a competenza ripartita poiché il grado di determinatezza proprio dei principi e dei criteri direttivi della delega è qualitativamente distinto e non necessariamente coincidente con quello dei principi fondamentali rimessi alla legislazione statale nelle suddette materie (sentenze nn. 278/2010, 384/2005, 205/2005 e 359/1993)” [R. NEVOLA - D. DIACO, *La delega della funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Roma, 2018, 11, reperibile all’indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_309.pdf].

È una simile subordinazione del governo al parlamento ad integrare una forma – attenuata ma tutt’altro che svilita – di legalità.

Esiste, dunque, una legalità anche in stato di guerra, *i.e.* una legalità di guerra, ascrivibile alla categoria più comprensiva della legalità dell’emergenza, che necessariamente informa in maniera pregnante. La legalità di guerra è una legalità di fonte parlamentare, e quindi formale, sul modello di una produzione primaria per principi (che però non esclude la legittimità anche di produzioni primarie di dettaglio), abilitante bensì il governo all’esercizio di poteri agili in funzione della necessità, ma non ‘autonomi’.

3. (Segue) ... e stato di pace

Se tanto la Costituzione prevede in riferimento allo stato di guerra, altrettanto non prevede in riferimento a qualsivoglia emergenza che possa verificarsi in stato di pace¹⁰. Ciò significa che in Costituzione non è contemplata alcuna deliberazione di uno stato di emergenza civile simmetrica a quella dello stato di guerra di cui all’art. 78 Cost. né, di conseguenza, alcun conferimento al governo dei poteri necessari.

In considerazione di quanto precede, è pacifico che l’art. 24 cod. prot. civ., laddove, in rubrica ed al co. 1, ragiona della “*deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale*”, devolvendone il relativo potere al “*Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l’intesa*”, sotto il vincolo della fissazione della “*durata*” e della determinazione dell’“*estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi*” e con il prioritario effetto di autorizzazione all’“*emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all’articolo 25*”, la cui principale caratteristica è quella di essere *extra ordinem* (art. 25, co. 1, cod. proc. civ.)¹¹, non ‘attua’ alcuna disposizione

¹⁰ Pone a confronto la normativa anti-Coronavirus con il modello dell’art. 78 Cost. F. CONTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*, Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, Paper del 24 marzo 2020, pp. 6 ss., reperibile all’indirizzo <https://www.federalismi.it>.

¹¹ Essenzialissimamente, sulle ordinanze *extra ordinem*, F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 970; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; ID., *Ordinanze (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, IV, Milano, 2006, p. 3981; M. CERASE, *Ordinanze di urgenza e necessità*, in S. CASSESE (diretto da), *op. cit.*, p. 3985; G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*.

costituzionale¹². Ciò, pur senza potersi qui addentrare sul fondamento costituzionale dei poteri di protezione civile, e, conseguentemente, sull'efficacia derogatoria a norme di legge ordinaria conferita a semplici atti amministrativi pur generali¹³, quali sono le ordinanze di protezione civile e più in generale tutte le ordinanze *extra ordinem* contemplate dall'intero ordinamento amministrativo¹⁴, non significa che l'ordinamento della protezione civile si ponga al di fuori del quadro costituzionale, ma significa per certo che il vaglio di costituzionalità ad

Definizioni e modelli, Milano, 2003; G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza* (dir. cost. e amm.), in Nss. D.I., XII, Torino, 1965, p. 89.

¹² Noto è che, portando alle estreme conseguenze il ragionamento cui si accenna nel testo, una dottrina purista nega la legittimità nell'ordinamento repubblicano di alcun potere *extra ordinem* diverso da quelle forme di potere il cui esercizio soltanto la Costituzione – agli artt. 77, 78, 120 e 126 – ricollega ai presupposti della necessità ed urgenza, decretando pertanto l'illegittimità costituzionale delle ordinanze *extra ordinem* (cfr. C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 866; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, p. 718, e G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., p. 421).

¹³ Rimarca Corte cost. 21 febbraio 1995, n. 127, “*il carattere eccezionale del potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa*”, trattandosi “*di deroghe temporalmente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti (sentenze 201 del 1987, 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956)*. Proprio il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio (sent. n. 418 del 1992): il potere di ordinanza non può dunque incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione”. Di conseguenza, l'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, sulla protezione civile, “*nell'ipotesi di dubbi applicativi, [...] deve essere [...] interpretata secundum ordinem in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti, riconducendo l'attività del commissario delegato e il potere di ordinanza ai principi già richiamati*”.

¹⁴ Recita, *funditus*, Corte cost. 10 novembre 1976 (dep. 1977), n. 4: “[...] *dev'essere qui ribadito (ed a fortiori), con riguardo all'art. 20 del t.u. comunale e provinciale, quanto la Corte ebbe a rilevare, nelle decisioni sopra ricordate, per l'art. 2 del t.u. di p.s., e cioè che le ordinanze prefettizie, anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge. Le ordinanze ex art. 20 del t.u. comunale e provinciale, sia che si rivolgano [...] a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi*”.

esso afferente deve procedere a maglie particolarmente strette. Infatti, se è vero che ciò che non è vietato, in specie dalla Costituzione, è, in linea di principio, permesso, è anche vero che i limiti a quel che in tal guisa è permesso non possono che individuarsi nella Costituzione: a livello sistematico-ordinamentale, certo, e però anche a livello di puntuali disposizioni che consentono limiti, compromissioni e riduzioni delle sfere di libertà e diritti dalla Costituzione stessa riconosciuti nella Parte I.

Sul piano ordinamentale, che apre anche ad una prospettiva internazionalistica, a misura che i fondamentali artt. 15 Conv. EDU¹⁵ e 4 Patt. Dir. Civ. e Pol.¹⁶ consentono, in casi eccezionali, deroghe strettamente necessarie e temporalmente delimitate allo *standard* di protezione delle libertà e dei diritti fondamentali dei cd. Paesi civili, rileva la cornice costituzionale in cui i poteri di protezione civile debbono necessariamente iscriversi.

In tal senso brillano di luce riflessa i primi due commi dell'art. 25 cod. prot. civ., che individuano nelle “*ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga* [non, per vero,] *ad 'ogni' disposizione vigente*”, ma a disposizioni di legge pur a grandi linee individuate (come prevede l'ultima parte del co. 1), l'unico strumento di intervento, a condizione che dette ordinanze soggiacciano,

- in primo luogo, ai “*limiti*” e alle “*modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza*”;
- in secondo luogo, al “*rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea*”;
- in terzo luogo, all'obbligo di specifica motivazione;
- in quarto luogo, ai contenuti di cui al co. 2.

¹⁵ “*In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale*”.

¹⁶ “*In caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale, gli Stati parti del presente Patto possono prendere misure le quali derogano agli obblighi imposti dal presente Patto, nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga, e purché tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale*”.

Le ragioni di una luce solo riflessa discendono da ciò che il legislatore codicistico, in sede di attuazione della delega legislativa, si è limitato, con un dettato normativo che certamente non si distingue, come testé appena visto quanto al tema centrale della portata derogatoria delle ordinanze, per esemplare chiarezza, ad una timida sintesi della copiosa giurisprudenza costituzionale volta a vigorosamente dimensionare, e cioè a ricondurre entro i binari della legalità anzitutto super-primaria ma, per il tramite di essa, altresì della legalità primaria¹⁷, una fonte produttiva di norme ‘straordinarie’ potenzialmente svincolate da alcun sindacato di merito e finanche da alcun controllo formale, in specie di costituzionalità. Anzi, a voler essere malevoli, è proprio quell’efficacia derogatoria “*ad ‘ogni’ disposizione vigente*” che tradisce il retro-pensiero di un legislatore delegato restio ad imbavagliare il governo nelle trame

¹⁷ Piace ricordare, in tema di ordinanze dell’allora ministro per il coordinamento della difesa civile, emesse al fine di disciplinare la gestione di problematiche ambientali legate all’inquinamento da rifiuti tossici e nocivi, un passaggio saliente della motivazione di Corte cost. 24 febbraio 1987, n. 201. Si compone tale passaggio di due momenti:

- in un primo, la Corte insegna che “*nel nostro ordinamento costituzionale non sono individuabili clausole che autorizzino in via generale modifiche, o anche soltanto deroghe, alla normativa primaria con disposizioni relative tanto a casi singoli quanto ad una generalità di soggetti o a una serie di casi (possibili) per motivi di necessità e/o urgenza (diverse, come è ovvio, sono le ipotesi di cui agli artt. 78 e 77 Cost.). Per l’esercizio da parte di autorità amministrative di siffatti poteri, con effetto di deroga - ma non anche di abrogazione o di modifica - della normativa primaria, occorre, come questa Corte ha già più volte chiarito (cfr. sentt. nn. 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956) una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell’atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell’intervento e l’autorità legittimata*”;

- nel secondo, la Corte aggiunge che, “*anche se non predeterminato, il contenuto delle disposizioni derogatorie è soggetto a rispettare le garanzie costituzionali, e a non invadere la ‘riserva assoluta’ di legge (nello stesso caso di ‘riserva relativa’ la norma primaria attributiva dei cennati poteri deve comunque adeguatamente delimitarne il carattere discrezionale: cfr. sent. n. 26 del 1961); per altro verso, che, pur quando le disposizioni in parola siano estese ad una generalità di soggetti e ad una serie di casi possibili, i poteri con esse esercitati devono adeguarsi alle dimensioni, territoriali e temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare (cfr. sentt. n. 4 del 1977 e n. 100 del 1987)*”.

delle fonti primarie e dunque in una posizione di subordinazione al parlamento: in una prospettiva improntata alla massima efficienza della risposta all'emergenza, tutte le norme di legge sono vincoli che rallentano la macchina degli interventi, che frappongono ostacoli inutili e che, in definitiva, diminuiscono speditezza e completezza degli interventi; è la deroga, cioè, l'essenza stessa dell'emergenza, quasi che quest'ultima possa costituire, di per sé, fonte della produzione normativa.

Alla stregua della giurisprudenza costituzionale, al lume della quale l'art. 25 cod. prot. civ. deve essere interpretato pur nelle parti in cui è incerto, o ambiguo, o esitante, l'ordinamento italiano ricusa invece un'extra-ordinarietà, o brevemente straordinarietà, autoreferenziale. Le ordinanze *extra ordinem* – che differiscono dalla legge già per il fatto che sono atti amministrativi e pertanto non sono libere nei fini e non sfuggono al controllo di legalità *in primis* amministrativa attraverso il canone di una “*specificata motivazione*” (art. 25, co. 1, ultima parte, cod. prot. civ.) – non trovano fondamento nell'emergenza, ma nelle fonti primarie che le prevedono: sono tali fonti ad autolimitarsi nel caso di verifica di un'emergenza ed a consentire a poteri diversi da quello legislativo di dettare discipline derogatorie; derogatorie sì, ma nei limiti dei principi della stessa legislazione e, *a fortiori*, nei limiti dei principi e delle singole disposizioni della Costituzione, la quale reclama rispetto integrale quale fonte sovraordinata rispetto a tali medesime fonti, tra cui, in particolare, il cod. prot. civ.

Ed allora.

Quantunque, al crescere dell'emergenza legata alla diffusione del Coronavirus, esponenti delle istituzioni ed epigoni esperti solo nella divulgazione si siano subito affrettati, all'unisono, a dire che il popolo italiano è in guerra contro un nemico invisibile (tanto per intenderci, l'agente patogeno), la Costituzione non prevede un art. 78 ‘di pace’¹⁸.

¹⁸ Invece la Costituzione ungherese del 18 aprile 2011, all'art. 53, prevede e regola come segue lo “*stato di pericolo*”:

1. Il governo, nel caso di calamità naturale oppure di disastro industriale che metta in pericolo la sicurezza della vita o dei beni nonché per evitare le conseguenze degli stessi, dichiara lo stato di pericolo ed introduce misure straordinarie previste per legge-cardine [legge organica].

Non lo prevede in coerenza con la scelta dell'Assemblea Costituente di non inserire nel testo fondamentale neanche “*alcun esplicito accenno allo stato d'assedio*” – nozione più comprensiva dello stato di guerra¹⁹ – “*né*

2. Il governo nel caso di stato di pericolo può emanare decreti con i quali – secondo quanto descritto per legge-cardine [legge organica] – può sospendere l'applicazione di alcune leggi, può divergere da disposizioni di legge, può attuare altre misure straordinarie.

3. In base al comma 2 il decreto del governo resta in vigore per quindici giorni, a meno che il governo – sulla base dell'autorizzazione dell'Assemblea Nazionale – non ne proroghi l'effetto.

4. Il decreto del governo decade con la cessazione dello stato di pericolo (le parentesi quadre in corsivo sono tali nella traduzione originale che si sta citando).

Sul fondamento dell'art. 53 Cost. e della conseguente “*dichiarazione di stato di pericolo*”, il 30 marzo 2020, è stata promulgata la legge di conferimento di poteri straordinari al governo di Victor Orbán per affrontare l'epidemia da Covid-19, rubricata “*Legge per la protezione contro il Coronavirus*”. L'art. 2 della legge prevede “1. In aggiunta alle misure straordinarie e alle regole stabilite nel primo atto [dichiarativo dello stato di pericolo], il governo, mediante decreto, può sospendere l'applicazione di talune leggi, introdurre deroghe a disposizioni normative e adottare altre misure necessarie per tutelare la vita, la salute, i beni, la sicurezza giuridica dei cittadini e la stabilità dell'economia nazionale. 2. Il governo può esercitare i poteri indicati nel primo comma nella misura necessaria, proporzionalmente al fine da perseguire, per la prevenzione, il trattamento, e/o l'eliminazione delle conseguenze dannose, ai sensi della presente legge”. L'art. 3 prevede: “1. In conformità all'art. 53, comma 3, della Legge Fondamentale [Costituzione], il parlamento con la presente legge, autorizza il governo ad estendere, in caso di emergenza, gli effetti dei decreti governativi ai sensi dell'art. 53, commi 1 e 2, della medesima norma fino alla fine dello stato di emergenza. 2. Prima della fine dello stato di emergenza, il parlamento può revocare l'autorizzazione contenuta nel primo comma. 3. A seguito dell'entrata in vigore della presente legge, il parlamento ratifica i decreti governativi” (anche in questo caso, le parentesi quadre sono tali nella traduzione originale che si sta citando). L'art. 4 prevede: “1. Il governo informa regolarmente il Presidente dell'Assemblea nazionale e i capi dei gruppi parlamentari sulle misure adottate per far fronte all'emergenza fino a quando le stesse rimarranno in vigore” (i testi normativi sono tratti da http://questionegiustizia.it/articolo/stato-di-pericolo-e-poteri-straordinari-al-governo-ungherese_01-04-2020.php, ove si trova pubblicata a commento anche una breve nota redazionale, *Stato di pericolo e poteri straordinari al governo ungherese*).

¹⁹ Dall'ordinamento propriamente militare, con riguardo ad attacchi portati militarmente dall'esterno, lo stato d'assedio trova, curiosamente, espansione nell'ordinamento civile, con riguardo ad eventi ‘interni’ di scompiglio dell'ordine pubblico, nella Francia rivoluzionaria, pur culla del pensiero democratico moderno. Più precisamente, “*le vere innovazioni alla originaria figura dell'‘assedio’ militare seguirono in Francia ad opera di leggi del primo periodo rivoluzionario (1797): queste prevedono la possibilità di ‘considerare in stato di assedio’ oltre che le piazze forti militari, in un primo tempo genericamente*

*‘altre località’, in un secondo momento specificamente interi distretti amministrativi, ‘all’interno del Paese’. Contemporaneamente veniva modificata la configurazione dello stato di assedio: l’emergenza non veniva più considerata esistente al verificarsi di determinate circostanze di fatto, ma doveva anche essa venir ‘proclamata’ (portata a conoscenza della popolazione), senza tuttavia particolari modalità di deliberazione. Subito dopo il colpo di stato del 18 fruttidoro, un gruppo di membri del Direttorio, accortosi che le leggi rivoluzionarie in vigore consideravano sussistente lo stato di assedio non appena i circondari amministrativi risultassero di fatto isolati dal centro ad opera ‘delle truppe o di ribelli’, si affrettò a promuovere una deliberazione in base alla quale quell’organo si riservava, senza possibilità di intervento delle assemblee, e senza che un intervento del genere venisse previsto, il potere di dichiarare in ‘stato di assedio’, uno o più distretti’. Ed è a tale provvedimento che risalgono “gli inizi della procedura instaurativa di un regime di emergenza in funzione esclusiva della necessità di reprimere il nemico interno; ‘stato di assedio’ definitivamente legato d’ora in avanti ad una proclamazione formale e non più derivante dal fatto della straordinaria contingenza di pericolo, ma derivato da particolari esigenze di politica interna, alle quali viene asservito l’originario procedimento tecnico militare”. Né la storia finisce qui, dacché anzi siamo solo a metà del discorso: “Codesto momento evolutivo condusse alla distinzione, tuttora valida in linea generale, tra stato di guerra internazionale e stato di assedio, alla scissione dei presupposti e del contenuto, dei fini di un procedimento sorto ed applicato in principio in caso di guerra esterna (derivante da ostilità tra Stati). Lo stato di assedio politico così caratterizzato viene anche definito stato di ‘assedio fittizio’. Esso risponde come misura di difesa del governo legittimo al verificarsi di una serie di fenomeni che vanno dal turbamento dell’ordine pubblico con pericolo di rivolta o di ribellione sino alla insurrezione armata ed alla guerra civile, dall’azione di bande armate all’attività bellica di governi insurrezionali (cfr. gli art. 283-287 e le disposizioni in genere del capo V, tit. I, libro 11 c.p. italiano). L’assedio fittizio (politico), sia pure in presenza di una vera e propria guerra civile, era considerato pertanto come fenomeno di esclusiva rilevanza per l’ordinamento interno” [G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, pp. 250 s.]. L’ultima evoluzione storica è quella di cui ragiona un gigante del pensiero giuridico quale S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, pp. 252 ss., nella parte in cui evidenzia che il decreto reale del 3 gennaio 1909, nel dichiarare lo stato d’assedio nel Comune di Messina e nei Comuni del circondario di Reggio Calabria sul presupposto, di cui al preambolo dello stesso, che “il cataclisma tellurico [...] ha creato una situazione per certi effetti identica e per altri più grave di quella che si verifica nei territori in stato di guerra”, evidenzia come fino ad allora “lo stato d’assedio, a prescindere dal caso di guerra, era stato sempre proclamato come una misura di polizia, tendente ad una energica e immediata tutela dell’ordine pubblico, in occasione di quei moti popolari che, secondo la loro gravità, vengono designati con vari nomi, e che dalla semplice sommossa possono assurgere all’estrema figura della rivoluzione [...]. E si capisce agevolmente come di ciò si risentisse tutta l’impostazione teorica degli ardui problemi che si riconnettono a siffatto argomento: problemi che ormai debbonsi formulare e risolvere in modo da comprendervi il caso, come quello attuale, di uno stato d’assedio imposto, non per reagire ad un’illecita attività collettiva contro l’ordine costituito, ma per rimediare al dissolvimento di ogni organizzazione sociale e politica avvenuto per un fenomeno del tutto involontario e naturale. Non si ha più, in questa ipotesi, la lotta, per la difesa del diritto, contro dei ribelli [...]. Sta in prima linea e avanti ad ogni altro bisogno la necessità di ripristinare i servizi pubblici, che appaiono*

sotto il profilo della sua ammissibilità, né sotto quello dell'eventuale procedimento instaurativo e degli organi competenti sia a valutare l'esistenza dei presupposti di fatto, sia a proclamarlo formalmente": e ciò non già perché l'Assemblea Costituente "non si [sia occupata] del problema", avendolo anzi affrontato, "tanto in sede di Commissione (I sottocommissione) quanto in sede di Assemblea (seduta pomeridiana del 15 aprile 1947)[,] senza giungere a definirlo in modo ultimativo in quanto accantonò, senza poi successivamente riprenderlo per mancanza di coordinamento, il noto articolo aggiuntivo Crispo, secondo il quale: 'L'esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinate dal tempo o dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico, durante lo stato d'assedio. Nei casi suddetti, le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato d'assedio e i provvedimenti relativi'"²⁰.

È proprio per la mancanza in Costituzione di un art. 78 'di pace' che deve escludersi la costituzionalità di retaggi – a tutt'oggi vigenti – della legislazione pre-repubblicana aperti all'applicabilità della legge di guerra in tempo di pace. Ci si riferisce non solo all'art. 216, co. 1, t.u.l.p.s., laddove consente che, "oltre quanto è disposto dall'art. 2, qualora la dichiarazione di pericolo pubblico si estenda all'intero territorio del regno, il ministro dell'interno p[ossa] emanare ordinanze, anche in deroga alle leggi vigenti, sulle materie che abbiano comunque attinenza all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica". Ci si riferisce soprattutto, per quel che nella presente sede rileva, all'art. 3 del regio decreto 8 luglio 1938, n. 1415 ("Approvazione dei testi della legge di guerra e della legge di neutralità"), laddove statuisce che "l'applicazione, in tutto o in parte, della legge di guerra può essere ordinata nei modi e con gli effetti indicati nell'articolo precedente, se è ritenuto necessario nell'interesse dello Stato, ancorché lo Stato italiano non sia in guerra con un altro Stato" (co. 1)²¹, soggiungendo che, "con il decreto del Presidente della Repubblica, con il

più indispensabili che non nei tempi ordinari [...]. Brevemente, ma incisivamente, la motivazione del decreto del 3 gennaio ha posto in rilievo queste cause determinanti la misura da esso presa".

²⁰ S. TRAVERSA, *Orientamenti dottrinali e precedenti parlamentari in tema di regimi di emergenza*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1981, pp. 139 s., reperibile all'indirizzo https://storia.camera.it/bpr/jaccette/*:*%7Cautore:Traversa%20Silvio%7Ctipo:articolo%7Ccollegati_presenti:%20Si%7Cperiodo_storico:repubblicano.

²¹ Ai sensi dell'art. 2, "l'applicazione, in tutto o in parte, della legge di guerra è ordinata con decreto del Presidente della Repubblica, quando lo Stato italiano è in guerra con un altro Stato" (co. 1), e "l'applicazione della legge di guerra può essere limitata a uno o più territori determinati" (co. 2).

quale è ordinata l'applicazione della legge di guerra a sensi del comma precedente, o con altro successivo, sono stabilite le norme di attuazione di detta legge, in rapporto alle particolari circostanze di fatto, che hanno determinato l'emanazione del decreto stesso".

Ma, fermo quanto precede, siamo proprio sicuri che la Costituzione non preveda alcuna disciplina per un'emergenza 'di pace'? Davvero non esiste alcunché di più stringente di una semplice 'trama' costituzionale dell'emergenza 'civile' e, tipicamente, sanitaria?

Par di potersi dire che il *quid* di cui si discute esista, volta che si considerino le riserve di legge, esplicite ed implicite, che la Costituzione pone. Dette riserve, oltretutto presidi delle libertà e dei diritti che tutelano, sono anche – ed anzi proprio per questo – fonti regolative della produzione primaria eccezionale (e perciò soggetta all'art. 14 prel. c.c.). Quest'ultima, infatti, sarebbe incostituzionale se la Costituzione stessa non prevedesse le riserve, entro i cui limiti, stretti o larghi che siano, trova pertanto esclusivo fondamento. Ed in ciò stanno la lungimiranza e la profondità della Costituzione, che ingloba nel quadro giuridico afferente ad un solo possibile ordinamento – quello costituzionale, giust'appunto – anche la produzione primaria eccezionale, risolvendo in radice il dilemma dello "*stato di necessità*" quale condizione che "*fa nascere il diritto soggettivo dello Stato di emanare disposizioni in cui lo stato d'assedio si concreta*"²². Uno stato di necessità che, ammesso e non concesso che costituisca un fattore di legittimazione 'para-costituzionale' della normazione *extra ordinem*, non può potrebbe comunque essere fatto coincidere – come invece generalmente si ritiene nel contrasto al Coronavirus, anche alla stregua dei preamboli dei dd.ll. e dei d.P.C.M. in materia – con la prioritaria, e tirannica, esigenza di assicurare il diritto alla salute nella dimensione collettiva. Non esistono diritti prioritari e tirannici e ad insegnarlo è proprio la Corte costituzionale nella nota sentenza relativa al cd. caso ILVA, ossia la sentenza 9 aprile 2013, n. 85, ove si legge che "*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre 'sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro'* (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe

²² S. ROMANO, *op. cit.*, p. 255.

‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona’: donde l’affermata esigenza di *“un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all’ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l’interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso”*.

La Costituzione non prevede riserve a caso e non ne modula a caso l’intensità.

La Costituzione in tre luoghi affronta il tema di esigenze sanitarie:

- nell’art. 14, co. 3, laddove, in tema di inviolabilità del domicilio, ma in realtà oltre l’ambito definitorio del domicilio, statuisce che *“gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica [...] sono regolati da leggi speciali”*;
- nel già menzionato art. 16, co. 1, laddove, sancendo le libertà di circolazione e di soggiorno, fa salve *“le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza”*;
- nell’art. 32, co. 2, laddove, proclamato il diritto alla salute, afferma che *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”*, viepiù specificando che *“la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”*.

A voler estendere, con un certo qual azzardo, il concetto di *“sanità”* sino a scioglierlo in un *continuum* con quello di *“incolumità pubblica”*, si occupa la Costituzione testualmente di quest’ultima

- nell’art. 14, co. 3, già citato;
- nell’art. 17, co. 3, laddove, proclamata la libertà di riunione, ne sottopone nondimeno l’esercizio al *“preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica”*;
- nell’art. 120, il quale, dopo aver detto, al co. 1, l’ovvio, che tale però non sembra essere alla luce delle svariate ordinanze dei Presidenti di Regioni in tema di contrasto alla diffusione al Coronavirus, enunciando che *“La Regione non può [...] adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera*

circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, ne' limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale", prevede, al co. 2, che "il governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni [...] di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica", fermo restando che "la legge definisce [rectius, deve definire] le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione".

Morale: in tutti i casi esaminati, la legge è soltanto la legge, da ragionevolmente intendersi in senso formale a motivo, tra l'altro, dell'espressa qualifica di specialità o di puntuali vincoli contenutistici, definisce gli ambiti delle limitazioni alle libertà che la Costituzione, di per sé, accorda a tutti i consociati.

4. Problematiche ordinamentali ed istituzionali.

L'architettura della protezione civile, in specie con riguardo alle emergenze sanitarie, è tutt'altro che un esempio di limpidezza. L'auspicabile netta determinazione di soggetti, poteri ed oggetto di questi (al fine di poter risalire con immediatezza, viepiù a fronte dell'emergenza, a chi può, e quindi deve, fare cosa) è stata inequivocabilmente sacrificata sull'altare delle autonomie regionali, osannate nel nuovo art. 117 Cost. come assetto ottimale di un ordinamento che solo in tal modo sa adeguarsi al principio di vicinanza al corpo sociale.

Già a livello di studio, muoversi nel ginepraio venutosi a determinare non è semplice; v'è da figurarsi quanto poco lo sia, alla prova dei fatti, per chi è chiamato a prendere decisioni e a farlo in fretta (ciò che, al di là di ogni speculazione giuridica, deve spingere a guardare con enorme rispetto chi di tali decisioni porta il peso).

Ai sensi dell'art. 3, co. 1, cod. prot. civ., *"fanno parte del Servizio nazionale le autorità di protezione civile che, secondo il principio di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, garantiscono l'unitarietà dell'ordinamento esercitando, in relazione ai rispettivi ambiti di governo, le funzioni di indirizzo politico in materia di protezione civile"*. A termini del susseguente elenco, tali autorità si identificano

- nel “*Presidente del Consiglio dei ministri, in qualità di autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia*” [lett. a)];
- nei “*Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, in qualità di autorità territoriali di protezione civile e [– notasi –] in base alla potestà legislativa attribuita, limitatamente alle articolazioni appartenenti o dipendenti dalle rispettive amministrazioni*” [lett. b)];
- nei “*Sindaci e [...] Sindaci metropolitani, in qualità di autorità territoriali di protezione civile limitatamente alle articolazioni appartenenti o dipendenti dalle rispettive amministrazioni*” [lett. c)].

Nel dettaglio,

- giusta l’art. 5, co. 1, cod. prot. civ., colui che “*detiene i poteri di ordinanza in materia di protezione civile*” è il Presidente del Consiglio dei ministri, che li esercita, “*salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione di cui all’articolo 24 [ossia con la “deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale”], per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile*”. Conseguentemente, sul versante della produzione giuridica, il Capo del Dipartimento della protezione civile è un mero *alter ego* del Presidente del Consiglio dei ministri (talché, tra l’altro, *nulla quaestio* se, e fintanto che, tra i due vi è intesa; ben diversamente se il primo rivendica posizioni divergenti dal secondo);

- giusta l’art. 6 cod. prot. civ., come interpolato dall’art. 3, co. 1, lett. b), del decreto legislativo 6 febbraio 2020, n. 4, le “*autorità territoriali di protezione civile*”, ossia i Sindaci, anche metropolitani, ed i Presidenti di Regione, “*sono responsabili, con riferimento agli ambiti di governo e alle funzioni di competenza e nel rispetto delle vigenti normative in materia: [...] d) dell’articolazione delle strutture organizzative preposte all’esercizio delle funzioni di protezione civile di propria competenza e dell’attribuzione, alle medesime strutture, di personale adeguato e munito di specifiche professionalità, anche con riferimento alle attività di presidio delle sale operative, della rete dei centri funzionali nonché allo svolgimento delle attività dei presidi territoriali; e) della disciplina di procedure e modalità di organizzazione dell’azione amministrativa delle strutture e degli enti afferenti alle rispettive*

amministrazioni, peculiari e semplificate al fine di assicurarne la prontezza operativa e di risposta in occasione o in vista degli eventi di cui all'articolo 7".

In specifico riguardo alla sanità, tra le *“strutture operative del Servizio nazionale della protezione civile”* figurano (e non potrebbe essere diversamente, posto che pressoché tutte le emergenze hanno ripercussioni sanitarie) *“le strutture del Servizio sanitario nazionale”* [art. 13, co. 1, lett. d)]. In parallelo, nella *“tipologia dei rischi di protezione civile”* di cui all'art. 16 cod. prot. civ., abilitanti *“l'azione del Servizio nazionale”*, rientra anche quello *“igienico-sanitario”*, *“ferme [però] restando le competenze dei soggetti ordinariamente individuati ai sensi della vigente normativa di settore e le conseguenti attività”* (co. 2).

In via di sintesi conclusiva, emerge con tutta evidenza una certa ‘vischiosità’ linguistica, che, raggiunge l’acme

- sia, su un piano generale, nell’essere circoscritte le *“responsabilità”*, anziché i ‘poteri’, delle *“autorità territoriali di protezione civile”* *“agli ambiti di governo e alle funzioni di competenza”* (art. 6 cit.);
- sia, sul piano specifico della sanità, nell’essere mantenute *“ferm[o]”*, in seno ad un tronco normativo ed amministrativo dedicato per intero all’emergenza, l’innesto ‘comune’ delle *“competenze dei soggetti ordinariamente individuati ai sensi della vigente normativa di settore e [del]le conseguenti attività”* (art. 16, co. 2, cit.).

Nel suo non parlar chiaro, il codice della protezione civile sembra volersi mantener passivo rispetto al criticabile – e quanto sta accadendo, in piena emergenza sanitaria, ne dà visibilmente ragione – assetto costituzionale delle competenze legislative ed amministrative delle ragioni nascente dal riformato Titolo V della Parte II della Costituzione. Invero, l’art. 117, co. 3, Cost. annovera tra le materie di legislazione concorrente – in relazione alle quali compete *“alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato”* – sia la *“tutela della salute”* che la stessa *“protezione civile”*.

5. *Questioni inerenti la tutela della salute*

Quanto, segnatamente, alla tutela della salute, sin dagli albori della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la Corte costituzionale ha dato la stura ad un'interpretazione ampia della competenza legislativa regionale, rilevando come, *“con la riforma del Titolo V[,] il quadro delle competenze [sia] stato profondamente rinnovato e in tale quadro le regioni poss[a]no esercitare le attribuzioni, di cui ritengano di essere titolari, approvando – fatto naturalmente salvo il potere governativo di ricorso previsto dall'art. 127 della Costituzione – una propria disciplina legislativa anche sostitutiva di quella statale”*²³.

Invero, sebbene, nel passaggio dal vecchio al nuovo art. 117 Cost., sia rimasta immutata la qualifica della legislazione regionale in materia sanitaria, traghettata nell'oggetto dall'*“assistenza sanitaria ed ospedaliera”* alla *“tutela della salute”*, alla stregua di legislazione concorrente e sebbene, a latere di siffatto attuale ambito di operatività della legislazione regionale, debba escludersi – differentemente da quanto preteso in prima battuta da numerose Regioni, tra cui in particolare Lombardia e Veneto – l'enucleazione di una distinta materia rubricabile come organizzazione sanitaria, da sussumere nella competenza regionale residuale e quindi interamente regionale²⁴, non v'è dubbio che l'accennato traghettamento abbia ampliato la sfera delle attribuzioni regionali. E ciò sia perché la *“tutela della salute”* deve essere intesa nel duplice senso di diritto individuale e di interesse della collettività, sia perché essa si trascina appresso tutti i segmenti serventi alla resa del corrispondente servizio, compresi eminentemente l'organizzazione e la gestione del segmento regionale del Servizio sanitario²⁵.

Ma pensare che il vento del regionalismo in sanità abbia cominciato a spirare solo con la legge cost. 3/2001 sarebbe errato: invero, tutt'*“al contrario, l'opzione regionalista era stata ampiamente sperimentata dal legislatore ordinario nelle riforme del Sistema sanitario nazionale (SSN) degli anni Novanta, anticipando per molti versi la novella costituzionale”*, potendosi pertanto *“affermare con tranquillità che la riforma del Titolo V si proponesse di consolidare e rafforzare quell'opzione regionale, in un quadro complessivo di distribuzione delle*

²³ Corte cost., 20 novembre 2002, n. 510.

²⁴ Corte cost., 24 febbraio 2015, n. 54, e 21 ottobre 2008, n. 371.

²⁵ Tra le tante, Corte cost., 10 marzo 2015, n. 59; 8 giugno 2010, n. 245; 9 marzo 2010, n. 150.

competenze tra enti territoriali che valorizzava l'autonomia senza escludere momenti di sintesi, di uniformità e di garanzia riconosciuti allo Stato (legislatore e non legislatore)”²⁶. Anzi, a ben guardare, la riserva alla potestà legislativa statale della “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”, di cui al nuovo art. 117, co. 2, lett. m), Cost., costituisce un grimaldello in forza del quale contrastare le forze centripete, aprendo le porte – unitamente all’enucleazione categoriale “dell’interesse unitario infrazionabile, corrispondente a[d una] protezione del bene della salute [...] sull’intero territorio nazionale”²⁷ e, più materialmente, ai vincoli di bilancio – ad interventi statali anche di dettaglio.

Passando alla produzione normativa primaria, la legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, effettivamente rende le Regioni protagoniste dello stesso.

Infatti, a termini dell’art. 11, “*le Regioni esercitano [ordinariamente] le funzioni legislative in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera [– conformemente alla dizione del vecchio dettato costituzionale –] nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato ed esercitano le funzioni amministrative proprie o loro delegate*” (co. 1). “*La legge regionale stabilisce norme per l’esercizio delle funzioni in materia di igiene e sanità pubblica*” (art. 32, co. 2). Nel contesto della sanità pubblica, appartiene al piano dell’ordinarietà anche l’organizzazione della risposta ai grandi eventi ‘avversi’, in relazione ai quali le Regioni possono concordare con gli “*organi della sanità militare territorialmente competenti*” “*l’uso delle strutture ospedaliere militari in favore delle popolazioni civili nei casi di calamità, epidemie e per altri scopi che si ritengano necessari*” [art. 11, co. 3, lett. a)]. Sotto diverso profilo, alla stregua di norme che però marcano un disallineamento rispetto al nuovo art. 117, co. 6, Cost., quantunque siano “*di competenza dello Stato le funzioni amministrative concernenti [...] la profilassi delle malattie infettive e diffuse, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie, nonché gli interventi contro le epidemie e le epizootie*” [art. 6, lett. b)], l’esercizio di siffatte funzioni è tuttavia delegato alle Regioni [art. 7, co. 1, lett. a)].

²⁶ D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in Osservatorio costituzionale, 2018, 3, reperibile all’indirizzo https://cipesalute.org/cedo/allegati/6714-TutelaSalute_StatoRegioni.pdf.

²⁷ ID., *op. cit.*, p. 8, che riporta ad esempio Corte cost. 5 giugno 2001, n. 363.

Sul piano dell'emergenza, il potere di emettere ordinanze contingibili ed urgenti è distribuito tra autorità centrale ed autorità locali in funzione dell'efficacia territoriale delle ordinanze stesse, la quale, a sua volta, è normalmente, ma non necessariamente, collegata alla dimensione del fenomeno. Più precisamente, a termini dell'art. 32,

- *“il ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni”* (comma 1);
- *“nelle [materie, tra l'altro, di igiene e sanità pubblica] sono emesse dal Presidente della giunta regionale o dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale”* (comma 3).

Qui si apre la pericolosa possibilità che due o più ordinanze contingibili ed urgenti ai vari livelli di competenza, contrastanti e comunque non coincidenti, coesistano e si sovrappongano, non dandosi, e non potendo essere normato per il carattere concorrente della legislazione regionale in materia sanitaria (che decide forme ed organizzazione, anche in riferimento all'emergenza, delle strutture sanitarie regionali), un rimedio di cedevolezza dell'ordinanza emanata dall'autorità più periferica in favore di quella emanata dall'autorità superiore o *tout court* centrale.

Ora, considerato che sull'art. 32 l. 833/1978 si erge a sovrastruttura l'ordinamento della protezione civile, nella trama delle cui deroghe all'ordinarietà sono tuttavia rispettate, come visto, le 'ordinariamente straordinarie' competenze delle autorità di protezione civile, detto ordinamento è per estensione passibile della descritta convergenza di ordinanze. Con un'aggravante, però, rappresentata da ciò che, a livello centrale, alle ordinanze del ministro della salute si affiancano quelle del Presidente del Consiglio dei ministri per il tramite del Capo della protezione civile.

Risponde, oggi, all'obiettivo di trovare il bandolo della matassa l'art. 3, co. 1 e 2, d.l. 19/2020, per comprendere l'effettiva portata del quale, tuttavia, è necessario aprire una non breve parentesi.

6. L'ingresso sulla scena dei dd.ll. 6/2020 e 19/2020

La parentesi che non ci si può esimere dall'affrontare riguarda un fattore di complicazione di non poco momento, rappresentato dall'ingresso sulla scena dei due decreti-legge di cui già si è fatta menzione, ossia i dd.ll. 6/2020 e 19/2020.

Essi portano con sé un'indiscutibile carica di complicazione, dal momento che si aggiungono allo strumentario tipico della protezione civile, dovendosi pertanto ritenere che, agli occhi del governo, era questo insufficiente ad affrontare l'emergenza²⁸.

²⁸ Sul versante delle ordinanze *extra ordinem*, i rapporti tra le stesse ed il decreto-legge possono definirsi, comprensivamente, di 'compenetrazione' nel contesto di un unico diritto emergenziale, in cui le due tipologie di intervento si incastrano, legittimandosi e limitandosi vicendevolmente. Un interessantissimo studio recente sul tema riferisce che “*si sono anzitutto verificate situazioni di ordinanze che sono state espressamente qualificate come attuative di precedenti decreti-legge [...]. In molti altri casi invece, ci sono state ordinanze che hanno derogato espressamente disposizioni di decreti-legge [...]. Ci sono poi casi di ordinanze che agiscono, con riferimento allo spazio o al tempo, sugli effetti di disposizioni di precedenti decreti-legge [...]. Speculare a questa categoria è quella in cui rientrano i casi di decreti-legge che modulano gli effetti temporali o materiali delle ordinanze*”, peraltro evidenziando che la tendenza emergente dagli eventi calamitosi dell'ultimo decennio “*è quella per cui, a fronte di un evento calamitoso, i decreti-legge intervengono con sempre maggiore ritardo e sono sempre meno frequenti, mentre sempre più pronte e più frequenti sono le ordinanze*”: donde la conclusiva “*necessità di riflettere se alcuni dei pilastri argomentativi della teoria della conformità a Costituzione di tali atti possano dirsi oggi ancora adeguati, ed il riferimento è, in particolare, al carattere provvedimentale, alla gravità e all'anomalia della situazione di emergenza legittimante* (sentenza n. 15 del 1982) alla *proporzionalità spaziale e temporale dell'intervento* (sent. n. 201 del 1987) oltre, ovviamente, alla *compatibilità con il principio di legalità*” (A. ARCURI, *Il governo delle emergenze: i rapporti tra decreti-legge e ordinanze di protezione civile dal terremoto de L'Aquila al crollo del Ponte Morandi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, p. 16 ss., 20 e 22, reperibile all'indirizzo <https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/speciali/speciale-i-poteri-normativi-del-governo-2-2019/1453-il-governo-delle-emergenze-i-rapporti-tra-decreti-legge-e-ordinanze-di-protezione-civile-dal-terremoto-de-l-aquila-al-crollo-del-ponte-morandi/file>, le parole in caratteri normali indicano quelle in corsivo nell'originale). La riflessione sulla tendenza, nelle catastrofi avvenute a L'Aquila, Amatrice e Genova, all'adozione solo in un secondo momento, e talvolta ad apprezzabile distanza di tempo, dei decreti-legge rispetto alle ordinanze *extra ordinem* offre il destro per considerare come, invece, l'emergenza da Covid-19, in relazione alla quale spiccano i dd.ll. 6/2020 e 19/2020 (insieme a svariati altri, che spaziano dalla giustizia al trattamento dei dati personali), si sia instradata precocemente su binari diversi dal modello prasseologico – pur di dimostrata prontezza nella risposta – di protezione civile.

Al di là di tale deduzione, che, tuttavia, di per se sola meriterebbe ben altro approfondimento, onde comprendere, in prospettiva di riforma, in cosa tale strumentario (pur storicamente ritenuto così duttile ed agile da essere utilizzato persino al di fuori di eventi propriamente calamitosi, quali i ben noti “grandi eventi” di cui all’art. 5-bis della legge 24 febbraio 1992, n. 225) possa essere migliorato, il dato di interesse è che, con l’ingresso di detti dd.ll. sulla scena, muta il registro degli interventi: non si ragiona più di ordinanze pur contingibili ed urgenti, e dunque di atti amministrativi, ma di veri e propri atti-fonte, ossia di atti normativi.

In ordine al ‘bisogno giuridico’ soddisfatto con il d.l. 6/2020 è lecito interrogarsi, sol che si consideri l’assoluta latitudine di presupposti, contenuti ed ampiezza delle “misure” di contrasto all’emergenza in esso previste.

L’art. 1, co. 1, d.l. 6/2020 si limitava ad individuare un simulacro di presupposto, stabilendo – in violazione delle prerogative regionali e comunali – che “allo scopo di evitare il diffondersi del Covid-19, nei ‘Comuni’ o nelle ‘aree’ nei quali risulta[sse] positiva almeno una persona per la quale non si conosce[va] la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi [era] un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un’area già interessata dal contagio del menzionato virus, le autorità competenti [erano] tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all’evolversi della situazione epidemiologica”. Parlasi di simulacro di presupposto a ragion veduta, atteso che, immediatamente dopo, l’art. 2 si affrettava a smantellare pure quello, statuendo che “le autorità competenti po[tevano] adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell’emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell’epidemia da Covid-19 anche fuori dai casi di cui all’articolo 1, comma 1”. In aggiunta, nei suddetti articoli, la proclamazione del dovere – in capo al *mare magnum* delle “autorità competenti” – di “adottare ogni misura di contenimento” e, superfluamente, “ulteriori misure di contenimento e gestione dell’emergenza” era all’evidenza priva di ogni contenuto individualizzante e perciò incapace di dire alcunché di altro e di diverso da quanto stabilito nel codice della protezione civile. Seguiva, è vero, al co. 2 dell’art. 1, un elenco delle misure, tuttavia di per se stesso non esaustivo (“Tra’ le misure di cui al comma 1, possono essere adottate ‘anche’ le seguenti [...]”).

Qual è, quindi, la “straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni per contrastare l’emergenza epidemiologica da Covid-19”, di cui al preambolo?

Quella, ai sensi dell'art. 3, di abilitare il Presidente del Consiglio dei ministri – già di per sé, come visto, massima autorità di protezione civile ed attributario del potere di emettere ordinanze contingibili ed urgenti attraverso la *longa manus* del Capo della protezione civile – ad emanare, a dispetto della rubrica, che si riferisce all'“*attuazione delle misure di contenimento*”, le misure stesse: “*Le misure di cui agli articoli 1 e 2 – recitava il co. 1 – sono adottate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro della salute, sentito il ministro dell'interno, il ministro della difesa, il ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale*”.

Insomma, con il d.l. 6/2020, alle ordinanze contingibili ed urgenti di protezione civile, cominciano a sovrapporsi i d.P.C.M., contenenti – essi, e non i dd.ll. – le famose “*misur[e] di contenimento e gestione adeguat[e] e proporzionat[e] all'evolversi della situazione epidemiologica*”.

Il risultato è migliorato, ma non, nella sostanza, mutato, con il d.l. 19/2020.

Migliorato perché i primi due commi dell'art. 1 ‘dimensionano’ meglio gli ambiti territoriale, oggettivo e temporale delle misure, che, nondimeno, con perdurante vaghezza, sono “*reiterabili e modificabili anche più volte [...] con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del [...] virus*”, salvi soltanto i due vincoli derivanti dai “*principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso*”: vincoli – peraltro tra loro non per forza di cose appaiati, perché ciò che è adeguato non per forza di cose è proporzionato e a maggior ragione viceversa – che si traducono nell'onere procedimentale di “*sentir[e], [ma solo] ‘di norma’, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile [in data] 3 febbraio 2020, n. 630*” (art. 2, co. 1, ultimo periodo).

Non, nella sostanza, mutato perché l'art. 2 – introdotto dalla medesima rubrica fuorviante dell'art. 3 d.l. 6/2020: “*Attuazione delle misure di contenimento*” – seguita a prevedere esattamente quel che prevedeva il suddetto art. 3, viepiù con l'ulteriore penalizzante aggiunta – a detrimento della potestà normativa concorrente regionale in entrambe le materie della tutela della salute e della protezione civile – a

termini della quale i d.P.C.M. “*possono essere altresì adottati su proposta dei Presidenti delle Regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale [...]*”.

Cercando di tirare le somme di quanto detto sin qui, la morale della storia è che il governo, con decreto-legge, ha autorizzato il suo primo esponente ad adottare con propri decreti limitazioni e, fuori dalle pastoie linguistiche, autentici divieti incidenti su libertà e diritti costituzionalmente garantiti da riserve finanche assolute e, oltre, rinforzate di legge.

Tale è il caso delle libertà di circolazione e di soggiorno ai sensi dell'art. 16, co. 1, Cost., “*limitazioni*” delle quali sono bensì eccezionalmente ammesse, tuttavia alla perentoria condizione che “*la 'legge' [le] stabilisc[a] 'in via generale' per motivi di sanità*”.

Si dirà – e la discussione sarà ripresa anche nel prosieguo – che il decreto-legge è un atto-fonte avente “*forza di legge*” (art. 77, comma 2, Cost.) e che, pertanto, è abilitato a tener luogo della legge di foggia parlamentare²⁹.

In realtà, parrebbe non essere propriamente così perché il decreto-legge è un decreto e non una legge: la “*forza*”, e non la natura, “*di legge*” di cui gode è meramente provvisoria, ben potendo non venir convertito dal parlamento, nel qual caso le limitazioni stabilite per decreto lo divengono *ex post* per mero esercizio d'imperio – in un certo senso ‘eversivo’ – della potestà legislativa da parte del governo, in specie qualora “*le Camere*” non ritengano di “*regolare con legge i rapporti giuridici*”.

²⁹ L. CUOCOLO, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, Paper del 31 marzo 2020, pp. 29 s., reperibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it>, che avanza riserve solo in ordine alle misure di quarantena in senso stretto, in quanto esse sole, a differenza delle altre, impositive di limitazioni alla libertà personale e perciò potenzialmente in contrasto con l'art. 13 Cost. sotto il profilo (oltretutto della riserva assoluta di legge) della riserva di giurisdizione: misure che nondimeno potrebbero trovare giustificazione attraverso l'equiparazione della quarantena “*ad un trattamento sanitario obbligatorio, ai sensi dell'art. 32, c. 2, Cost. Così facendo, si rientr[erebbe] in un'ipotesi di riserva di legge, che consente al governo di disporre la quarantena con atti amministrativi, senza autorizzazione o convalida da parte dell'autorità giudiziaria*”.

sorti sulla base dei decreti non convertiti? (art. 77, co. 3, secondo periodo, Cost.)³⁰.

Ma non è questo il punto.

Pur a prescindere da ciò, e quindi ad accedere ad un'interpretazione formale della “*forza di legge*” del decreto-legge come fattore di equiparazione di questo alla legge, quel che conta è che, più nel caso del d.l. 6/2020, meno nel caso del d.l. 19/2020 (il solo a peritarsi, nel preambolo, di richiamare ‘almeno’ l’art. 16 Cost.), le limitazioni non sono contenute in atti aventi “*forza* [– ancorché provvisoria –] *di legge*”, da successivamente sottoporre all’eventuale ratifica parlamentare, ma in atti, notasi, neppure regolamentari ai sensi dell’art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, bensì meramente sub-regolamentari del Presidente del Consiglio dei ministri: ossia di un soggetto che, in quanto *primus inter pares* nel consesso dei ministri (come reso evidente dalle attribuzioni conferitegli dall’art. 5 l. 400/88)³¹, non gode, a differenza del governo nel suo complesso, di autonoma fiducia³².

³⁰ Pur in diversa prospettiva, osserva L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, Paper del 23 marzo 2020, p. 14, reperibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it>, che “il fatto è che, paradossalmente, proprio nella situazione emergenziale di questo periodo e propria perché sussiste quest’ultima, qualsiasi decreto legge adottato dal governo non può permettersi il lusso di rischiare di non essere convertito in legge. Se ne veda l’elenco [...]; si leggano (con non poca fatica, essendo quasi tutti alquanto carenti dal punto di vista della chiarezza, della tecnica espositiva e del lessico adoperati) i singoli decreti; si pensi agli effetti che stanno concretamente producendo (direttamente, o per interposizione dei citati dd.PP.CC.MM.) e se ne ipotizzino ... la non conversione in legge. È un’ipotesi che posso definire tale, ma che, in realtà, non si può nemmeno prendere in considerazione come tale” (le parole in caratteri normali indicano quelle in corsivo nell’originale).

³¹ L’affermazione è generalmente condivisa. Cfr., per tutti, S. MERLINI - G. TARLI BARBIERI, *Il governo parlamentare in Italia*, Torino, 2017, p. 198.

³² Valga ricordare che, “mentre la Commissione di studio sulla riorganizzazione dello Stato e la nuova Carta costituzionale (la ‘Commissione Forti’) aveva inteso la funzione di governo come funzione essenzialmente amministrativa – con un conseguente ruolo secondario, o meno centrale, dell’esecutivo rispetto al parlamento – nell’Assemblea Costituente, e prima nella ‘Commissione dei Settantacinque’, emersero e si confrontarono una posizione favorevole a riconoscere un ruolo direttivo del Presidente del Consiglio ed a circoscrivere l’autonomia individuale dei singoli ministri ed una tesi che sosteneva il carattere rigorosamente collegiale del Gabinetto [...]. In realtà, nonostante secondo Ruini «il progetto [di Costituzione] fa[cesse] del Presidente del Consiglio dei ministri non più un

Talché, in definitiva, se le ordinanze *extra ordinem* di cui all'ordinamento della protezione civile – alle quali, *ad abundantiam*, comunque si sommano quelle *extra ordinem* del ministro della salute *ex art. 32 l. 833/1978*, fatte interinalmente salve, nelle more dell'emanazione di apposito d.P.C.M. e nei soli “*casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute*”, dall'art. 2, co. 2, d.l. n. 19/2020 – possono derogare alla (sola) legge ordinaria, il d.P.C.M. di nuovo conio ambisce a derogare ... alla Costituzione.

7. Un po' di storia

È giunto ora il momento di ricordare quanta acqua sotto i ponti sia passata – e quanta in verità già prima ne era passata – da quando le Sezioni Unite civili della Suprema Corte di cassazione, nella sentenza n. 2068 del 16 giugno 1958, predicavano che “*è conforme all'art. 2 t.u. leggi p.s. l'ordinanza del prefetto che dispone il sequestro di giornali murali, qualora il sequestro abbia avuto luogo in una situazione di urgenza o di grave necessità pubblica, al fine di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica*”, e che, “*in tal caso, il diritto soggettivo del cittadino è degradato ad interesse legittimo tutelabile avanti al giudice amministrativo*”. In un contesto in cui il problema sul tappeto era quello della compatibilità dell'art. 2 t.u.l.p.s. con l'art. 21, co. 3, Cost. – si scriveva a commento che “*chi [...] consideri – come questa sentenza considera – che il potere riconosciuto all'esecutivo investe ‘tutti i campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini garantiti dalla Costituzione’; chi tanto consideri e apprenda, poi, che, purché ‘ricorrono i presupposti’ dello stesso art. 2 opportunamente interpretato, il prefetto ‘ha il potere di disporre dei diritti dei cittadini garantiti dalla Costituzione’, non può sottrarsi a un moto di stupore*”³³.

*primus inter pares, ma un capo, per dirigere e coordinare l'attività di tutti i ministri», il testo della Costituzione poi approvato si è limitato, per ciò che riguarda la struttura, a fare proprio il tradizionale modello del governo per ministeri, indicando quali sono gli organi endogovernativi necessari – cioè il Presidente del Consiglio ed i ministri, che insieme danno vita ad un terzo organo, il Consiglio dei ministri (art. 92, c. 1) –, e, per quanto riguarda il funzionamento, a fissare alcuni principi fondamentali, rinviando alla legge sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio una più puntuale disciplina dell'organizzazione e del funzionamento del governo (art. 95)” (S. TROILO, *La struttura del governo*, in Osservatorio sulle fonti, 2019, pp. 3 s., reperibile all'indirizzo <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-saggi/numeri-speciali/speciale-il-governo-della-repubblica-a-trent-anni-dalla-legge-n-400-1988-1-2019/1382-la-struttura-del-governo/file>; le parentesi quadre in corsivo sono interpolazioni già presenti nell'originale).*

³³ S. DE FINA, *Libertà affievolita*, in *Foro it.*, 1958, I, p. 1092.

Fissata l'attenzione sulla sentenza delle Sezioni Unite, ci sono un 'prima' e un 'dopo'.

Prima, la Corte costituzionale, con la sentenza 16 maggio 1956, n. 8, aveva salvato l'art. 2 t.u.l.p.s. in quanto non di per sé *“in contrasto con i principii costituzionali che regolano la produzione delle leggi, giacché i provvedimenti amministrativi adottati dal Prefetto, anche se talvolta valgono a fronteggiare una pluralità di situazioni, non sono da confondersi né con le leggi né con i decreti-legge [...] Nel quadro della esposta interpretazione, l'esercizio di queste facoltà del Prefetto non viene a sovvertire l'ordinamento dei pubblici poteri, restando tali provvedimenti nella legittima sfera delle attribuzioni dell'autorità amministrativa locale. [Né sussiste alcuna] violazione dell'art. 21 della Costituzione. I provvedimenti emanati sulla base dell'art. 2 possono, in ipotesi, toccare tutti i campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini, garantiti dalla Costituzione (libertà di pensiero, di religione, di circolazione, ecc.). Ma il giudicare se l'ordinanza prefettizia leda tali diritti è indagine da farsi di volta in volta dal giudice, ordinario o amministrativo, competente”*.

Dopo l'avvertimento ad ogni buon conto lanciato dalla Corte costituzionale in tale sentenza, laddove ammoniva che non poteva negarsi *“che la formula dell'art. 2 della legge di p.s., nella sua latitudine, [avrebbe potuto] dare adito ad arbitrarie applicazioni, se si [fossero affermate] interpretazioni diverse da quella rilevata dalla Corte[, nel qual caso non sarebbe stato precluso] il riesame della questione di legittimità costituzionale della norma contenuta nel citato articolo”*, e dopo il patrocinio di una di tali interpretazioni da parte delle Sezioni Unite, era inevitabile che si giungesse alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2 t.u.l.p.s. E così fu, con la sentenza della Corte costituzionale addì 16 febbraio 1961, n. 26.

Principia questa il ragionamento con un'efficacia linguistica oggi desueta:

Da qualche parte, nel giudizio attuale, è stato detto che secondo quella sentenza sarebbe possibile emanare provvedimenti, in base all'art. 2 della legge di pubblica sicurezza, destinati a menomare l'esercizio dei diritti dei cittadini, anche se garantiti dalla Costituzione. Si è aggiunto che la Corte avrebbe dichiarato che non sussisterebbe contrasto tra lo stesso art. 2 e l'art. 21 della Costituzione. Ma non si è tenuto conto che quella sentenza, dopo avere affermato il principio che le ordinanze in questione non possano in nessun caso violare i principi dell'ordinamento giuridico, prospettò l'ipotesi che i provvedimenti prefettizi toccassero campi nei quali si

esercitano i diritti dei cittadini garantiti dalla Costituzione: la sentenza affermò che in tali ipotesi spetta al giudice competente di accertare se nei singoli casi sussista la violazione di quei diritti. Ed in particolare la sentenza fece la stessa affermazione in ordine alla dedotta violazione dell'art. 21 della Costituzione.

È, dunque, da escludere che la precedente sentenza abbia dichiarato che le ordinanze prefettizie potessero menomare l'esercizio dei diritti garantiti dalla Costituzione: dichiarazione che sarebbe stata in netto contrasto con l'affermazione che quelle ordinanze debbono essere vincolate ai principi dell'ordinamento giuridico”.

E poi va diretta al cuore del problema:

È, in primo luogo, da riaffermare che i provvedimenti prefettizi non possono mai essere in contrasto con i detti principi, dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria. È, infatti, ovvio che l'art. 2 della legge di pubblica sicurezza non potrebbe disporre che, in un campo in cui il precetto costituzionale è inderogabile anche di fronte al legislatore ordinario, intervengano provvedimenti amministrativi in senso difforme.

Per quel che si riferisce alle riserve di legge, la Corte ritiene che si debba distinguere.

Nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia (per esempio, art. 13, terzo comma), non può concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione.

Per quanto riguarda quei campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula "in base alla legge" o altra di eguale significato, giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formatasi principalmente nei riguardi dell'art. 23 della Carta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all'Autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito. E, pertanto, nulla vieta che, nelle materie ora indicate, una disposizione di legge ordinaria conferisca al Prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere.

Siamo arrivati al dunque.

Due cose insegna la Corte:

- non solo che le ordinanze *extra ordinem* non possono – tanto per rimare le parole della stessa – “*menomare l'esercizio dei diritti dei cittadini*”, in specie “*se garantiti dalla Costituzione*”;
- ma anche, ed anzi soprattutto, che le ordinanze *extra ordinem*, le quali sono e restano atti amministrativi, non possono intervenire “*nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia*”, potendo al più farlo soltanto nei casi in cui la Costituzione prevede una riserva di legge meramente relativa e con i limiti che da questa riserva già discendono in capo al legislatore ordinario³⁴.

Restano esclusi *d'emblée* i casi di riserva assoluta.

Ma anche nei casi di riserva relativa, la Corte costringe ad un salto di qualità nel “*riferimento ai principi dell'ordinamento giuridico, come limite*

³⁴ La circostanza che la differenza tra riserva assoluta e riserva relativa appartenga al linguaggio della giurisprudenza della Corte costituzionale e financo a quello del legislatore (art. 17, co. 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400) fa scalare in secondo piano gli studi della dottrina che, con indiscutibile profondità di argomenti, rilevano come quella differenza, a conti fatti, sia applicata con scarso rigore dalla medesima Corte (R. BALDUZZI - F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 1216 s.). Quegli studi giungono alla conclusione che “*tutte le riserve sono relative, salvo poi verificare, di volta in volta, quali sono i margini di discrezionalità che la legge può validamente lasciare agli organi deputati alla sua applicazione (siano essi atti amministrativi o giurisdizionali)*” (ID., *op. cit.*, p. 1218). Ci si permette tuttavia di osservare, in contrario, che, così opinando, si finisce per negare la sussistenza, invece sancita dalla Costituzione, di ambiti in cui, a prescindere dalla prassi, esclusivamente la legge è abilitata a normare. Sul versante opposto, L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958, p. 80, propende invece per la conclusione che “*qualunque riserva dovrebbe dirsi assoluta relativamente ad oggetti più o meno limitati*”. In effetti, una simile conclusione sembrerebbe preservare la funzione della riserva di legge, siccome concepita in Costituzione, alla stregua di un monopolio normativo accentrato nella legge, graduando detto monopolio in funzione dell'oggetto: se l'oggetto coincide con l'intera disciplina, di principio e di dettaglio, la riserva è assoluta; se invece esso coincide con i soli principi generali, la riserva è assoluta quanto a questi e relativa quanto alla disciplina di dettaglio. Detto ciò, è un dato obiettivo che la Costituzione usa – a ragion veduta, alla stregua dei lavori preparatori – due tipologie di linguaggi diversi per riserve conseguentemente diverse: un linguaggio letteralmente e contenutisticamente più rigoroso e stringente (cfr. ad es. gli artt. 13, co. 2 e 3; 14, co. 2, 16, co. 1, ... 25, c. 2, ecc.) ed uno che lo è meno (cfr. ad es. gli artt. 23 e 97, co. 1).

insuperabile dalla efficacia derogatoria della disposizione attributiva del potere di ordinanza: non può più esso “trova[re] esplicazione” nella mera “sua enunciazione di limite, valido per ogni ipotesi di potere di ordinanza”, dacché, dopo Corte cost. n. 26 del 1961, sembra doversi “pensare che i principi dell’ordinamento assolvano, per i contenuti di esistenza del potere, ad una funzione di limite ulteriore rispetto a quella svolta dalle riserve relative di legge. Funzione, per così dire, di seconda istanza nella selezione dei contenuti ammissibili del potere di ordinanza, per le ipotesi in cui la previsione legislativa astratta di ‘prestazione imposta’ non consenta di individuare a priori le posizioni soggettive che verranno sacrificate dal contenuto in concreto prescelto dalla pubblica amministrazione, né gli interessi pubblici che la stessa vorrà tutelare con l’atto amministrativo”³⁵.

Adesso, con il bagaglio degli insegnamenti della Corte costituzionale, si abbia la pazienza di compiere un passo indietro, sino al punto in cui ci si domandava in cosa consistesse quella “straordinaria necessità ed urgenza” addotta per l’emanazione dei dd.ll. 6/2020 e 19/2020. Certamente, nel doversi far fronte all’emergenza. Ma perché non con gli strumenti, già di per sé potentemente straordinari, che l’ordinamento, nel quadro della legalità super-primaria e viepiù primaria, prevede? Perché con quegli strumenti non avrebbero potuto essere compressi libertà e diritti fondamentali, in particolare con riguardo a materie coperte da riserva assoluta di legge. Può allora dirsi che i dd.ll. citt. abbiano prevenuto (e stroncato *a priori*) ogni sospetto di incostituzionalità? Verosimilmente no, sol che si consideri come i precetti sostanzianti divieti di ogni genere (che vanno ben al di là delle limitazioni, per ragioni sanitarie, alle libertà di circolazione e di soggiorno, ma attingono persino la libertà personale ex art. 13 Cost.), non siano posti dai dd.ll. medesimi, ma siano demandati ad una fonte di quart’ordine – dopo la Costituzione, la legge ed il regolamento – qual è il d.P.C.M., assimilabile ad un ‘comune’ decreto ministeriale e dunque come questo inidoneo a dettar norme in materie coperte da riserva, segnatamente assoluta (ma anche relativa, per quel che subito si dirà), di legge [arg. ex art. 17, co. 1, lett. c), 2 e 3, l. 400/1988].

E si abbia, quindi, l’umiltà di mettere in cantiere l’esigenza di riflettere, a bocce ferme, quando la pandemia sarà conclusa, sull’ennesimo esempio di un uso ‘disinvolto’ del decreto-legge.

³⁵ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., pp. 226 s.

Già oggi, tuttavia, in piena espansione del virus, par di potersi ragionevolmente rilevare che *“l’uso dei decreti-legge, pur corretto in quanto previsto in Costituzione proprio per far fronte a casi straordinari di necessità e d’urgenza ed in quanto rende possibile il controllo preventivo del Presidente della Repubblica e quello successivo delle Camere e della Corte costituzionale, appare uno schema fragile per supportare misure così fortemente restrittive [quali quelle in essere], essendosi detti atti normativi sostanzialmente risolti in una delega in bianco al governo, cui è stato demandato il potere di scegliere e calibrare le limitazioni delle libertà fondamentali con norme di rango sub-secondario destinate a fornire sostanza e contenuto a disposizioni di fonte primaria[la cui asettica elencazione le privava di effettiva consistenza]”*; la qual cosa equivale a dire che la delega contenuta nel dd.ll. in disamina, *“ha assunto i caratteri di una sorta di auto-delega in favore del solo Presidente del Consiglio, in quanto tale immune da ogni forma di intervento del Capo dello Stato, previsto invece per l’emanazione dei regolamenti adottati dall’organo governativo collegiale”*³⁶.

Al cospetto della teoria delle fonti sottesa alla Costituzione, l’accento, illuminante, alla delega in bianco, disposta, non dal parlamento, ma dal governo, con i dd.ll. 6/2020 e 19/2020, apre ad una duplice, più profonda, riflessione:

- già nell’attualità, rilevano un’inammissibilità originaria ed una contraddittorietà intrinseca di una figura di decreto-legge recante delega ad un d.P.C.M. oltretutto in bianco. Vale l’osservazione di un Maestro, secondo cui *“il d.l. che delega l’attribuzione di poteri dal governo a soggetti terzi (e lo è anche il Presidente del Consiglio!) perde la parte più importante della sua natura che è quella dell’immediatezza degli effetti che intende ottenere, essendo quelli differiti all’adozione di questo o quel d.P.C.M.”*³⁷. Vale, a priori, l’art. 15, co. 2, lett. a) e b), l. 400/1988, che, con valore ricognitivo rispetto alla Costituzione, recita: *“Il governo non può, mediante decreto-legge: a) conferire deleghe legislative ai sensi dell’art. 76 della Costituzione; b) provvedere nelle materie indicate nell’articolo 72, quarto comma, della Costituzione”*. Pertanto, se è vero che il governo non può auto-delegarsi la funzione legislativa come governo, men che meno la può delegare ad un suo mero organo, qual è il Presidente del

³⁶ Intervento di Gabriella Luccioli in F. DE STEFANO, *op. loc. cit.*

³⁷ L.A. MAZZAROLI, *op. cit.*, p. 15.

Consiglio dei ministri. La qual cosa (come poche righe più sopra si diceva) induce ad escludere la legittimità dei d.P.C.M. anti-Coronavirus anche qualora, in ipotesi, si opinasse che la riserva di cui all'art. 16, co. 1, Cost. abbia natura soltanto relativa³⁸, ma, a quel punto, ossimoricamente rispetto alla concorrente natura rinforzata³⁹;

- nel prossimo futuro, rileva l'eventualità (inimmaginabile 'politicamente', soprattutto dopo i non casuali richiami del Capo dello Stato all'unità nazionale, ma concepibile 'astrattamente', anche solo a motivo delle difficoltà per i

³⁸ Nella dottrina amministrativistica, in specifico riguardo alla circolazione stradale, si ritiene l'operatività 'quantomeno' di una riserva relativa con riferimento ai profili non già di limitazione *tout court* (di cui si ragiona ai nostri fini) alla libertà di circolazione in sé e per sé considerata, ma di "limita[zione]-conforma[zione]" della circolazione privata esclusivamente veicolare, con riferimento dunque ai modi in cui essa deve avvenire (S. AMOROSINO, *Le limitazioni amministrative alla circolazione: profili critici*, in *Foro amm.*, 2003, p. 3403). Nondimeno par di potersi affermare che siffatta concettualizzazione di un depotenziamento della riserva da assoluta a relativa, in realtà, descrive il diverso fenomeno per cui è ammessa una regolamentazione sub-secondaria anche in materie assolutamente riservate alla legge, a condizione, però, che essa abbia natura attuativa, e perciò conformativa, delle previsioni di legge (d'altronde non è senza significato che il ridetto A., alla pagina successiva, citando, tra l'altro, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1989, p. 999, osservi come il medesimo, "dopo aver ricordato che 'sono riconosciuti particolari poteri ai prefetti, ai sindaci, alle province in ordine alla limitazione della circolazione sulle pubbliche strade per ragioni di incolumità pubblica e per altre ragioni di pubblico interesse', soggiungeva: 'È legittimo però il dubbio circa la piena conformità di tutte tali disposizioni al principio della libertà di circolazione (art. 16 Cost.)'").

³⁹ Similmente L.A. MAZZAROLI, *op. cit.*, pp. 19 s., scrive che "la conclusione non cambia nemmeno se la riserva fosse relativa, perché – addirittura potendo rimanere tranquillamente a monte del giudizio sulla ragionevolezza delle misure adottate ed evitare una valutazione comparativa tra valori costituzionali (la tutela del 'diritto alla salute' come prevalente su 'quello alla libera circolazione dei cittadini') – l'atto posto a fondamento del potere amministrativo, più volte esercitato con una pluralità di provvedimenti dal Presidente del Consiglio, è un decreto-legge [...] e non una legge" (le parole in caratteri normali indicano quelle in corsivo nell'originale). Tale posizione è di per sé condivisibile. Tuttavia non può ignorarsi che la Corte costituzionale ritiene fungibili la legge, il decreto-legge ed il decreto legislativo, salvi i casi di riserva formale. Per tale ragione, in riferimento ai d.P.C.M. anti-Coronavirus, viene in considerazione che i dd.ll. 6/2020 e 19/2020 li hanno previsti con delega, dunque in sostanziale violazione della riserva formale di cui all'art. 72, ult. co., Cost., per di più in bianco, senza pertanto determinazione di una cornice di principi generali all'altezza di entità e misura delle limitazioni a posizioni soggettive primarie.

parlamentari di convenire in aula) di una fuoriuscita dall'ordine costituzionale qualora il d.l. 19/2020 non dovesse essere convertito. Un decreto-legge non convertito che, pur criticabilmente per le ragioni viste, facendo leva sulla sua forza di legge, avesse di per sé disposto le limitazioni anti-Coronavirus, anziché demandarle ai d.P.C.M., avrebbe potuto pur sempre contare su un atto di auto-responsabilità delle Camere nel “*regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti*” ex art. 77, co. 3, ultimo periodo, Cost. [a supplire l'eventuale mancanza del quale non avrebbe comunque mai potuto soccorrere un altro decreto-legge giusta l'art. 15, co. 2, lett. d), l. 400/1988]. Una tale possibilità è invece ‘problematica’ per i d.P.C.M. delegati dal d.l. 19/2020, dacché, o la legge converte il decreto-legge, ratificando la delega e dunque anche i d.P.C.M., o se la legge non lo converte, è impensabile che regoli “*i rapporti giuridici sorti sulla base*” – non del decreto stesso – ma dei d.P.C.M. senza *de facto* non ratificare anche la delega.

8. Rapporti Stato-Regioni-Comuni

Riallacciando il filo di un discorso lasciato in sospenso qualche pagina addietro, a proposito dell'incidenza delle previsioni dei dd.ll. 6/2020 e 19/2020 sui rapporti tra lo Stato, da una parte, e le Regioni ed i Comuni, dall'altra, si sono guadagnati sufficienti elementi di riflessione per rendersi conto che, nel passaggio dal primo al secondo atto, la sensibilità del governo per le autonomie regionali e comunali si è assai ancor più affievolita.

Già s'è visto che, nel d.l. 6/2020, ai sensi dell'art. 1, co. 1, “*le autorità competenti [erano] tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica*”. Tra le “*autorità competenti*”, in disparte la ‘peculiare’ estensione della categoria al Presidente del Consiglio dei ministri ex art. 3, co. 1, pur già massimamente competente in materia di protezione civile, secondo, però, le norme del relativo ordinamento, figuravano, ovviamente, le altre “*competenti*” in funzione dello stesso ordinamento e di quelli sanitario e, ancora, locale, con particolare riguardo a Presidenti di Regione e Sindaci. Nondimeno, il co. 2 del medesimo articolo

sostanzialmente esautorava dette altre “*autorità competenti*”, relegandone l'intervento “*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza*”.

Eppur permaneva, a latere del già confuso quadro dei rapporti ‘verticali’ tra ordinanze di protezione civile emesse rispettivamente da autorità centrali e da autorità locali, il problema dei rapporti tra gli emanandi d.P.C.M. e le emanate ed emanande ordinanze di svariati Presidenti di Regione e Sindaci: i quali, dal canto loro, dalla posizione di ‘governatori’ dei rispettivi territori, come ormai usa definirli dimenticando l’eleganza democratica del ‘*praesidēre*’ (che è un ‘sedere innanzi’ per ‘presidiare’ e ‘proteggere’ alcunché e dunque per estensione un ‘dirigere’ e ‘coordinare’ l’attività di un’assemblea, di un organo collegiale o di un’istituzione), qualora non l’avessero fatto prima, si sono dati un gran da fare per comprimere a loro volta libertà e diritti fondamentali, nella roboante modalità di aggiungere prescrizioni più restrittive e sanzioni amministrative pecuniarie particolarmente gravi alle prescrizioni di per sé gravi contenute nei d.P.C.M. ed alle sanzioni penali rese applicabili in forza dell’art. 3, co. 4, d.l. 6/2020 (“*Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale*”)⁴⁰.

⁴⁰ Ad avviso di M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal governo*, in *Federalismi.it*, Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, Paper del 18 marzo 2020, pp. 6 s., reperibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it>, “la volontà di accentrare la decisione è ulteriormente manifestata dalla legge 5 marzo 2020 n.13, di conversione del decreto: i riferimenti alle autorità competenti a provvedere, che nel testo del decreto legge risultavano generici (art. 1, comma 1; art.2, comma 1), sono precisati chiarendo che essi devono essere letti nel quadro dei poteri attribuiti al Presidente del Consiglio dei ministri. Non solo: in sede di conversione è introdotto il periodo in forza del quale le misure eventualmente adottate da Presidenti delle giunte regionali e sindaci, nelle more dell'adozione dei DPCM, perdono efficacia se non comunicate al ministro della salute entro ventiquattro ore (art.3, comma 2). Inoltre, diversamente dalle ordinanze di protezione civile, i d.P.C.M. sono adottati sentite le Regioni interessate, e non avendone acquisito l'intesa (come previsto dal codice della protezione civile). In forza di queste disposizioni si devono considerare illegittime tutte le ordinanze adottate, dopo l'entrata in vigore dei d.P.C.M., da parte di autorità diverse dal Presidente del Consiglio dei ministri”. Nondimeno, ci si sente di rilevare, ancorché dubitativamente, dati i sibillini interventi tanto del governo che del parlamento, come tale conclusione, comunque inapplicabile alle ordinanze ‘interinali’ dei Presidenti di Regione, pur sistematicamente corretta, vada forse oltre il dato letterale risultante finanche dalla legge di conversione, tanto da avvertire il governo, a distanza di appena pochi giorni, l’esigenza di ulteriormente por mano alla materia, con le specifiche previsioni del d.l. n. 19/2020.

Pareva chiaro che il nodo fosse destinato in breve tempo a venire al pettine.

Come usa dire, ‘tanto tuonò che piovve’.

Il d.l. 19/2020 ha l’ambizione di fare definitivamente chiarezza riguardo alle “*misure urgenti di carattere regionale o infraregionale*”.

Infatti, premesso che, ai sensi dell’art. 2, co. 3, “*sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ovvero ai sensi dell’articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833*”; che] *continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto*”; e che] *le altre misure, ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni*”, l’art. 3 stabilisce,

- quanto ai rapporti Stato-Regioni, che, “*nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all’articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le Regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all’articolo 1, comma 2, esclusivamente nell’ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l’economia nazionale*” (co. 1);
- quanto ai rapporti Stato-Comuni, che “*i Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l’emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto di cui al comma 1*” (co. 2),

non mancando di soggiungere una norma di chiusura, a termini della quale

- “*le disposizioni di cui al presente articolo si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente*” (co. 3).

Talché, partendo dal basso invece che dall'alto, sul piano dei rapporti Stato-Comuni, il potere di ordinanza contingibile ed urgente, derogatorio per definizione alla legge, laddove conferito ai Sindaci, parrebbe, nell'ambito dell'emergenza da Coronavirus, essere sostanzialmente spazzato via: continuano i Sindaci a formalmente godere di detto potere, ma non possono esercitarlo *“in contrasto con le misure statali”* né, dato il vincolo dei *“limiti di oggetto di cui al comma 1”*, al di fuori *“[dell']ambito delle attività di loro competenza”* e, pur entro tale ambito, non devono in ogni caso essere incise le *“attività produttive e [su] quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale”*.

In definitiva, al di là della considerazione che il divieto di esercizio *“in contrasto”* riguarda solo le *“misure statali”* (come già previsto dall'art. 35 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9⁴¹) e non anche quelle regionali, di guisa che l'aspirazione dell'art. 3 d.l. n. 19/2020 a governare verticalmente l'intero assetto dei rapporti Stato-Regioni-Comuni manca dell'ultimo anello (solo parzialmente rimesso alla legge regionale concorrente, perché i principi generali ben possono, ed anzi devono, essere posti dalla legge statale), le ordinanze sindacali sono ormai ridotte ad ordinanze attuative delle *“misure statali”*⁴².

⁴¹ *“A seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19[,] non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali”*.

⁴² Perplesità, in considerazione di quanto nel testo, suscita l'ultima ordinanza di cui si ha conoscenza al momento in cui si licenziano le bozze del presente scritto, ossia l'ordinanza contingibile ed urgente ex art. 50 t.u.e.l. n. 105 del 5 aprile 2020 del Sindaco del Comune di Messina (reperibile all'indirizzo https://comunemessina.my.salesforce.com/sfc/p/#5I000000D103/a/5I000000KyrA/mVNZGWs5546XdEZlkZoMxF098XIqQi_tZo5EOP3K738), pur formalmente attuativa dei d.P.C.M. evocati nel preambolo della stessa. Invero, al punto 2, essa stabilisce che *“chiunque intende fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina [...] è tenuto, almeno 48 ore prima dell'orario previsto di partenza, ad accedere al sistema di registrazione on line [...]”* ed inoltre è tenuto ad *“allegare la documentazione comprovante il ricorrere della motivazione prescelta per lo spostamento”* [lett. e)], ad *“indicare la località di destinazione, completa dell'indirizzo dell'immobile e del suo proprietario fornendo ogni utile contatto, ove dichiara di trascorrere il periodo di isolamento fiduciario”* [lett. f)]; a *“dichiarare di aver informato il Sindaco del Comune di destinazione, allegando la richiesta munita di apposito visto/nulla osta del Sindaco”* [lett. g)]; ad *“attendere il rilascio da parte del Comune di Messina, e per esso della Polizia Municipale [...], del nulla osta allo spostamento”* [lett. h)]. Tanto per l'ingresso in Sicilia; la procedura di uscita dalla Regione è più snella, in quanto, al punto 8, l'ordinanza stabilisce che *“chiunque intenda*

Sul piano dei rapporti Stato-Regioni, né l'art. 2, co. 3, né l'art. 3, co. 1, d.l. 19/2020 menzionano espressamente il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione, facendo riferimento soltanto al concetto di “*misure*”, le quali tuttavia sono state adottate e seguitano ad esserlo dai Presidenti delle varie Regioni in forza di detto potere.

Dal combinato disposto dei due predetti articoli discende un quadro temporale bipartito, in quanto,

- da un lato, le misure vigenti alla data di entrata in vigore del d.l. 19/2020 vanno a scadenza nei dieci giorni;
- dall'altro lato, a partire dalla data di entrata in vigore del decreto stesso, “*le Regioni*” – *rectius*, i Presidenti di Regione – possono bensì adottare “*misure ulteriormente restrittive*” rispetto a quelle nazionali e *medio tempore* regionali vigenti, tuttavia
 - sul solo presupposto di sopravvenienze di aggravamento,
 - in relazione al solo oggetto costituito dalle “*attività di loro competenza*”, “*senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale*”,
 - e per il solo periodo necessario all'adozione dei d.P.C.M.

Ne consegue che il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione, pur contenutisticamente abilitato ad incidere ancor più nel profondo, rispetto ai d.P.C.M., sulle limitazioni di libertà e diritti fondamentali, è meramente interinale, essendo destinato a perire con l'adozione di un apposito d.P.C.M., il quale, dunque, alla fin della fiera, è destinato a fronteggiare uno stato emergenziale persino ‘unicamente’ (in relazione

fuoriuscire dalla Sicilia [e non dal solo Comune di Messina] attraverso i collegamenti navali del Porto di Messina [...] è tenuto a registrarsi al portale [del Comune di Messina] prima dell'imbarco”. Le principali ragioni di perplessità riguardano il fatto che l'ordinanza ambisce a regolare l'ingresso a l'uscita (neppure dal Comune di Messina, ma) dall'intera Regione (in apparente contrasto, tra l'altro, con l'art. 120 Cost.), viepiù imponendo prescrizioni aggiuntive rispetto ai d.P.C.M. ed almeno in parte con essi contrastanti, in specie laddove contempla oneri di allegazione di idonea documentazione, laddove il principio informatore dei d.P.C.M. è nel senso della sufficienza di una mera autodichiarazione.

quantomeno all'aggravamento del rischio pandemico) regionale o sub-regionale.

Con quale conseguenza?

Quella del rischio di invasione, ad opera del d.P.C.M., del terreno riservato alla potestà legislativa concorrente delle Regioni, la quale, come ricordato, per Costituzione, si esplica su entrambi i fronti della tutela della salute e della protezione civile.

Potrebbe pensarsi di addurre a fondamento degli artt. 2, co. 3, e 3, co. 1, d.l. 19/2020 l'art. 120, co. 2, Cost.; ma sarebbe sviante, essendo tale disposizione dedicata alla 'sostituzione' del governo agli organi delle Regioni e degli altri enti locali, oltretutto sotto la condizione che *"la legge definisc[a] le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione"*.

Potrebbe pensarsi allora allo stesso art. 117 Cost., unendo il tema della riserva *"alla legislazione dello Stato"* della *"determinazione dei principi fondamentali"*, di cui all'ultima parte del co. 3, a quello della sussunzione nella *"legislazione esclusiva"* dello Stato della *"determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"*, di cui al co. 2, lett. m).

Nondimeno, salvi gli approfondimenti che in argomento già fanno capolino e più copiosamente matureranno, si ritiene che possa ragionevolmente escludersi un ancoramento degli artt. 2, co. 3, e 3, co. 1, d.l. 19/2020 all'art. 117, co. 2, lett. m), Cost., giacché essi ragionano non già di garantire una piattaforma minima ai diritti civili e sociali sull'intero territorio nazionale, ma, tutt'al contrario, di limitare tali diritti, in misura ancor più stringente rispetto al resto del Paese, sul territorio, o su una frazione di territorio, di una singola Regione⁴³.

⁴³ In senso parzialmente difforme, G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, Paper del 18 marzo 2020, pp. 6 s., reperibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it>, secondo cui *"una potestà legislativa esclusiva dello Stato, con riguardo all'attuale emergenza sanitaria, può essenzialmente imputarsi ad istanze e interessi unitari, riconducibili alla materia dell'ordine pubblico e della sicurezza (art. 117 c. 2, lett. b) Cost.), anche in una qualche connessione funzionale con la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117 c. 2, lett. m) Cost)"*. L. CUOCOLO, *op. cit.*, p. 31, allarga il discorso, osservando che *"il percorso argomentativo più corretto, tuttavia, non sembra tanto passare dalla riconduzione degli interventi limitativi a questa o quella materia, quanto ad una lettura dinamica del principio di sussidiarietà, sia per le funzioni amministrative, sia per quelle legislative"*; conseguentemente, *"anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte*

Restano i “*principi fondamentali*” in funzione di limite alla potestà regionale concorrente, i quali, però, presuppongono l'intervento di una vera e propria legge-cornice e non di singoli d.P.C.M. o al più di un decreto-legge che, alla stregua di una delega in bianco, si spoglia in favore di essi.

In sintesi, i d.P.C.M., che derogano alle libertà ed ai diritti fondamentali, derogano pure all'art. 117, co. 3, Cost.

Ciò vale quanto al polo centrale della produzione normativa.

Suscita profili problematici anche quello regionale.

Le ordinanze dei Presidenti di Regione e viepiù dei Sindaci, contenenti limitazioni di ogni genere ed entità in specie alle libertà di circolazione e di soggiorno ed in ultima istanza alla libertà personale, non vanno a loro volta esenti da dubbi di contrarietà alla Costituzione.

Rammenta l'art. 120, co. 1, Cost., che “*la Regione non può [...] adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale*”. E, *a priori*, rammenta l'inizio dell'art. 117, co. 3, Cost. che “*la potestà legislativa è esercitata [...] anche] dalle Regioni nel rispetto della Costituzione*”.

Per tali motivi, a misura che è inibito alla legge regionale ‘concorrente’ invadere lo spazio che la Costituzione ascrive alle riserve

costituzionale sull'attrazione in sussidiarietà delle competenze legislative (a partire da Corte cost., sent. n. 303 del 2003), si può ritenere che [...] le esigenze di una gestione unitaria della fase emergenziale abbiano correttamente condotto lo Stato centrale ad attrarre a sé, in via sussidiaria, sia le funzioni amministrative, sia le funzioni legislative (quantomeno quelle non già ad esso spettanti sulla base del normale sistema di riparto contenuto nell'art. 117 della Costituzione)”. Da identiche premesse, V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del Coronavirus*, in *Dirittifondamentali*, 2020, pp. 687 s., reperibile all'indirizzo <http://dirittifondamentali.it/2020/03/10/lo-stato-costituzionale-di-diritto-allepoca-del-coronavirus>, fa discendere le seguenti conseguenze: “*Mantenendosi ancorati alla disciplina costituzionale relativa al riparto delle attribuzioni tra lo Stato e le Regioni (e gli enti minori), dunque, la disciplina legislativa nazionale (d.l. n. 6/2020 e successivi, nonché l'intera sequenza di d.P.C.M. attuativi) deve essere fatta ricadere nell'ambito materiale della potestà esclusiva dello Stato, di cui sopra si è detto, laddove la competenza delle istituzioni territoriali resta limitata -salvo, in generale, delega di potestà regolamentare (art. 117 c. 6 Cost.) in materia- alle sole ipotesi, sancite dalla stessa legislazione nazionale, entro uno spazio, comunque, di attuazione amministrativa. L'intervento della regolazione attuativa da parte dello Stato, come nel caso di specie, esclude, di conseguenza e salvo deroga espressa, una competenza integrativa o – peggio ancora – sostitutiva degli enti territoriali anche nella fase “a valle”, così che anche per questo versante l'emanazione dell'ordinanza del Presidente della Regione Campania [in data 8 marzo 2020] non sembra superi il vaglio di legittimità*”.

assolute di legge (e, in relazione alle riserve relative, ai principi fondamentali), a maggior ragione deve esserlo a mere ordinanze *extra ordinem*.

9. Conclusioni

Ci si avvia rapidamente alle conclusioni, auspicando che, avverso le tesi sostenute sin qui, non si invochi la diagnosi marxiana del cretinismo parlamentare, per sostenere che non ogni buona azione per la giusta causa deve necessariamente coinvolgere il parlamento.

Sarebbe errato e fuorviante ad un tempo:

- errato perché, a ben leggere il Capitolo V de *Il 18 Brumaio di Luigi Bonaparte*, ci si avvede che Karl Marx derise l'Assemblea nazionale – espressione della borghesia di Francia – per essere stata più bonapartista di Bonaparte, raddoppiandogli lo stipendio per lui fissato in Costituzione in 600.000 franchi e così consentendogli di far gozzovigliare l'esercito all'Eliseo, in modo da accattivarselo come esercito personale al posto della Società del 10 dicembre. La conferma che questa sia la dimensione della patologia psichiatrica che il marxismo ascrive alla borghesia contro cui si scaglia si evince dalla tematizzazione del concetto fattane da Antonio Gramsci ne *Il popolo delle scimmie*, pubblicato su *L'ordine nuovo* del 12 giugno 1921, in chiave di lotta di classe, laddove esordisce dicendo che “*il fascismo è stata l'ultima 'rappresentazione' offerta dalla piccola borghesia urbana nel teatro della vita politica nazionale. La miserevole fine dell'avventura fiumana è l'ultima scena della rappresentazione. Essa può assumersi come l'episodio più importante del processo di intima dissoluzione di questa classe della popolazione italiana*”, e subito in appresso incalza aggiungendo che “*il processo di sfacelo della piccola borghesia si inizia nell'ultimo decennio del secolo scorso. La piccola borghesia perde ogni importanza e scade da ogni funzione vitale nel campo della produzione, con lo sviluppo della grande industria e del capitale finanziario: essa diventa pura classe politica e si specializza nel 'cretinismo parlamentare'*”. A voler pertanto attualizzare, *mutatis mutandis*, il pensiero marxiano, potrebbe semmai esser tacciato di cretinismo parlamentare, nel frangente che stiamo vivendo, chi squalifichi, e non chi difenda, le prerogative pur imperfette del parlamento e chi non s'avveda che l'art. 2, co. 5, d.l. 19/2020 – il quale prevede che “*il Presidente del Consiglio dei ministri o un ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle*

Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto” – garantisce al parlamento niente più che un’informativa, alla prova dell’esperienza persino tardiva, dell’operato del Presidente del Consiglio dei ministri: una disposizione, quella in esame, rispetto alla quale non può non colpire l’analogia con l’art. 4 della legge ungherese del 30 marzo 2020 sull’emergenza da Coronavirus⁴⁴, così come “*non può non colpire il fatto che il medesimo decreto legge sia la fonte* [– in luogo della Costituzione –] *che viene a disciplinare le modalità del rapporto tra parlamento e governo, secondo modalità coneggiate ex novo*”⁴⁵;

- fuorviante perché, in una democrazia parlamentare, è proprio nei momenti di crisi che si constata quanto essa sia matura, ossia quanto essa sia preparata a resistere alla forza degli eventi che trascinano in direzione di un’anomala concentrazione di poteri nelle mani dell’esecutivo.

Quando giungerà il tempo di fare i conti con l’accaduto, sarà forse il caso di riflettere sulla necessità di dare ‘attuazione’ alla Costituzione, che tutti celebrano, ma i più solo a parole, anche in quelle parti in cui – con apposite riserve che vorranno ben dir qualcosa – consente alla legge e solo alla legge (una legge ampiamente condivisa, strutturale, scritta con frasi di senso compiuto, per una volta chiara nell’individuazione di istituti, presupposti, poteri, soggetti e, anche se non piacciono, responsabilità non solo politiche), a precise condizioni reclamanti, in virtù del principio di eccezionalità, la più stretta osservanza, di limitare – e non di comprimere sino ad eliminarli – libertà e diritti fondamentali.

Un utile esempio potrebbe forse trarsi dall’ordinamento tedesco, che, pur, tra l’altro, garantendo le autonomie locali in modo più accentuato di quello italiano, si è dotato di una legge federale per contrastare le emergenze epidemiche, in guisa da prevenire sul nascere il rischio di un “*infeuda[mento]*” del Paese “*ai capricci o alle ambizioni del signorotto politico del momento*”⁴⁶.

Rischio, invece, verificatosi – ed in corso attuale di verifica nonostante il d.l. 19/2020, che dunque *in parte qua* manifesta la propria inidoneità allo scopo – in Italia, dove autorità di ogni livello, dal centro

⁴⁴ Cfr. la nota 16.

⁴⁵ F. CONTIOLI, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁶ V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali*, 2020, p. 985, reperibile all'indirizzo <http://dirittifondamentali.it/2020/04/02/riflessioni-sparse-sul-di-un-caso-o-sul-caos-normativo-al-tempo-dellemergenza-costituzionale>.

all'estrema periferia, rivestono formalmente posizioni tali da legittimarli a 'dettare legge'.

Il risultato è sotto gli occhi di tutti: “*un quadro estremamente frammentario, nel quale da Regione a Regione – e persino da Comune a Comune – si finisce con l'avere limitazioni differenti delle stesse libertà costituzionali, non sempre giustificate da specifiche situazioni di aggravamento del rischio sanitario riscontrabili nei diversi territori interessati. Una sorta di surreale caos calmo, il cui impatto sulle nostre vite è già ora di straordinaria entità, ma che potrebbe risultare tragicamente epocale dopo la fine dell'emergenza*”.

Parimenti sotto gli occhi di tutti è il conseguente gravissimo nocumento per la certezza del diritto, di cui nessuno si occupa, nonostante che “*la Repubblica*” sia “*una e indivisibile*” (art. 5 Cost.).

Ciò induce amaramente alla conclusione per cui sembra di essere regrediti al medioevo del diritto, allorquando un potere centrale dotato di deboli strumenti di sovraordinazione cercava bensì di ricondurre ad unità i poteri periferici, i quali, però, non si lasciavano scappare la minima occasione per rivendicare sempre maggiori margini di autonomia.

Allora come ora il tutto si consumava e si consuma sulla pelle dei cittadini.

Per la cronaca, prima di tacere, il *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen* o *Infektionsschutzgesetz* del 20 luglio 2000, “*nel suo primo paragrafo (così sono denominati gli articoli nelle leggi tedesche), oltre a dichiarare gli obiettivi della prevenzione e del contrasto delle malattie infettive, nonché della prevenzione della loro diffusione, [...] prevede un generale obbligo di cooperazione di tutte le amministrazioni federali, dei Länder e di quelle locali, delle istituzioni scientifiche, degli ospedali, dei medici e di tutti gli interessati*”. Non solo, “*ancora a livello generale e di principio è, inoltre, sottolineata e stimolata espressamente la responsabilità [– notasi –] individuale di tutti, nell'ambito della prevenzione (§ 1), ed in tale prospettiva costituisce funzione pubblica l'attività di comunicazione ed informazione alla collettività riguardo ai pericoli determinati dalle malattie infettive ed alle misure di prevenzione (§ 3)*”.⁴⁷

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AMOROSINO S., *Le limitazioni amministrative alla circolazione: profili critici*, in *Foro amm.*, 2003, 3403; ARCURI A., *Il governo delle emergenze: i rapporti tra decreti-legge e ordinanze di protezione civile dal terremoto de L'Aquila al crollo del Ponte Morandi*, in

⁴⁷ G. TACCONA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in L. CUOCOLO (a cura di), *op. cit.*, p. 71.

Osservatorio sulle fonti, 2019, 1; BALDINI V., *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del Coronavirus*, in *Dirittifondamentali*, 2020, 683; BALDINI V., *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali*, 2020, 979; BALDUZZI R. - SORRENTINO F., *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1207; BALLARDINI R. - MOTZO G. - CAPURSO M., *Legislazione e decadenza dei progetti di legge*, in *Rassegna parlamentare. Rivista mensile di studi costituzionali e di documentazione legislativa*, 1968, 129; BARTOLOMEI F., *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 970 ss.; BARTOLOMEI F., *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; CAVALLO PERIN R., *Ordinanze (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dir. dir. pubbl.*, IV, Milano, 2006, 3981 ss.; CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; CERASE M., *Ordinanze di urgenza e necessità*, in S. CASSESE (diretto da), *Dir. dir. pubbl.*, IV, Milano, 2006, 3985 ss.; CAVINO M., *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal governo*, in *Fedelismi.it*, Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, Paper del 18 marzo 2020; CONTIOLI F., *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Fedelismi.it*, Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, Paper del 24 marzo 2020; CUOCOLO L., in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, Paper del 31 marzo 2020, 12; S. DE FINA, *Libertà affievolita*, in *Foro it.*, 1958, I, 1092; DE STEFANO F., *La pandemia aggredisce anche il diritto? Intervista a Corrado Caruso, Giorgio Lattanzi, Gabriella Luccioli e Massimo Luciani*, in *Giustizia insieme*, 2 aprile 2020; ESPOSITO C., *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 831; FRANCISCI G., *Pieni poteri e legislazione di guerra*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 945; MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003; MAZZAROLLI L.A., «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Fedelismi.it*, Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, Paper del 23 marzo 2020; MERLINI S. - TARLI BARBIERI G., *Il governo parlamentare in Italia*, Torino, 2017; MORANA D., *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, 1; MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976; MOTZO G., *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, 250; NEVOLA R. - DIACO D., *La delega della funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Roma, 2018; PALADIN L., *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958; PICCIRILLI G., *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovranaturali*, Torino, 2019; PRISCO S. - ABBONDANTE F., *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Fedelismi.it*, Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, Paper del 24 marzo 2020; RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza (dir. cost. e amm.)*, in *Nss. D.I.*, XII, Torino, 1965, 89 ss.; ROMANO S., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in*

occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 251; SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1989; STEGHER G., *In considerazione dell'emergenza sanitaria: governo e parlamento al banco di prova del Covid-19*, in *Nomos*, 2020, 1; TACCONA G., *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, Paper del 31 marzo 2020, 69 ss.; TRAVERSA S., *Orientamenti dottrinali e precedenti parlamentari in tema di regimi di emergenza*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1981, 135; TROILO S., *La struttura del governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 1; TROPEA G., *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Fedelismi.it*, Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, Paper del 18 marzo 2020.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte costituzionale, sent. (16 maggio 1956) 20 giugno 1956, n. 8;
Cass., Sez. Un. Civ. (Pres. Eula, Est. Stella Richter), 16 giugno 1958, n. 2068;
Corte costituzionale, sent. (16 febbraio 1961) 27 maggio 1961, n. 26;
Corte costituzionale, sent. (10 novembre 1976) 4 gennaio 1977, n. 4;
Corte costituzionale, sent. (24 febbraio 1987) 28 maggio 1987, n. 201;
Corte costituzionale, sent. (21 febbraio 1995) 14 aprile 1995, n. 127;
Corte costituzionale, sent. (20 novembre 2002) 4 dicembre 2002, n. 510;
Corte costituzionale, sent. (21 ottobre 2008) 14 novembre 2008, n. 371;
Corte costituzionale, sent. (9 marzo 2010) 29 aprile 2010, n. 150;
Corte costituzionale, sent. (8 giugno 2010) 8 luglio 2010, n. 245;
Corte costituzionale, sent. (24 febbraio 2015) 31 marzo 2015, n. 54;
Corte costituzionale, sent. (10 marzo 2015) 16 aprile 2015, n. 59.

ABSTRACT

Lo stato d'emergenza in tempo di pace non è contemplato dalla Costituzione. Tuttavia questa consente, in caso di pericolo per l'incolumità pubblica, la temporanea limitazione dei diritti fondamentali, espressamente richiedendo, in tali ipotesi, l'intervento del legislatore parlamentare. Con il presente lavoro si ripercorre la disciplina che il nostro ordinamento prevede in caso di verifica di uno stato di emergenza in tempo di pace, evidenziandone i limiti, che l'attuale periodo storico ha reso lampanti.

State of emergency in peacetime is not foreseen by the Constitution. However, it allows, in case of any danger for public safety, to temporarily restrict fundamental rights, specifically requiring, in such event, a parliamentary law. This paper reviews the framework provided

by our legal system upon the occurrence of a state of emergency in peacetime, pointing out the limits that the current historical period made quite clear.

FEDERICA DINOIA*

CORONAVIRUS E LEGALITÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il preferito caos invece della preferibile collaborazione. – 2. Il d.P.C.M. quale fonte di legalità. – 3. Potere di ordinanza e legalità. – 4. Nel merito dell'ordinanza lombarda 514/2020. – 5. Sull'avvenuta depenalizzazione. – 6. Interventi riparatori e legalità.

1. *Introduzione. Il preferito caos invece della preferibile collaborazione*

Come emerso dal precedente contributo,¹ la mancanza nel nostro ordinamento di una disciplina di rango costituzionale relativa allo stato di emergenza in tempo di pace ha generato non pochi problemi interpretativi.

Si è visto e si vedrà come, in realtà, il legislatore nel 2018 abbia dotato il Paese di una normativa che, seppur di rango primario e non costituzionale, regola le emergenze, siano esse su scala locale o nazionale.

Ovviamente, maggiore è l'estensione della problematica da affrontare e maggiore sarà il numero dei soggetti coinvolti, interessati tutti a contribuire nella gestione della situazione. Ben si comprende, quindi, come mai il legislatore abbia incentrato la predetta disciplina attorno al concetto di intesa: a fronte di un coordinamento comune centrale, le Autorità interessate e coinvolte dall'emergenza possono – anzi in certi casi devono – collaborare tra loro, oltre che con l'organo preposto alla gestione e al superamento del fenomeno. Ciò all'evidente fine, da un lato, di superare più rapidamente la fase emergenziale e, dall'altro, di evitare una gestione disomogenea di un problema comune.

In altre parole, meglio una gestione unitaria e organizzata, che abbia a monte considerato gli interessi di tutti i coinvolti, piuttosto che una confusionaria e frammentaria, data dall'esercizio autonomo e singolo dei propri poteri, al rischio – stando all'esperienza attuale, non così remoto – del proliferarsi di misure adottate; misure che, talvolta, risultano anche superate o confliggenti con altre.

* Avvocato presso il Foro di Milano.

¹ Il richiamo è al pregevole contributo di A.A. SALEMME, *Coronavirus: Costituzione sospesa ... e non nel senso del caffè*, in questa *Rivista*, n. 1/2020, pp. 8 ss.

Ebbene, certamente nessuno poteva aspettarsi una pandemia come quella cui stiamo assistendo in queste ultime settimane. Altrettanto certamente, però, nessun cittadino di uno Stato di diritto poteva aspettarsi di vedere accantonata la supremazia della legalità, tanto celebrata dall'Assemblea costituente².

È un'era in cui la fonte normativa formula deleghe in bianco a favore di atti amministrativi.

Un'era in cui l'emergenza pare aver autorizzato ogni "autorità competente" ad una gestione autonoma e differenziata, per nulla adesiva e rispettosa del concetto di intesa e del principio di leale collaborazione.

Un'era in cui pare preferibile e più snella l'adozione di tante misure restrittive, alcune delle quali chiamate anche a correggere qualche precedente previsione rivelatasi sconveniente, piuttosto che emanare un unico atto normativo chiaro e lineare, magari anche di rango primario.

È un'era, in definitiva, in cui necessità e urgenza paiono essere stati intesi quale licenza ad auto-legittimarsi a legiferare, piuttosto che requisiti per la gestione coesa di una situazione straordinaria.

2. *Il d.P.C.M. quale fonte di legalità*

Come tutti certamente ricorderanno, a sole poche settimane dall'esplosione dell'epidemia in Cina, l'emergenza Covid-19 è sbarcata in diversi comuni del lodigiano.

I comuni interessati hanno, così, cominciato ad adottare le prime misure restrittive, seguite da un'ordinanza del ministro della salute, d'intesa con la Regione Lombardia, con cui venivano sospese, oltre che le attività lavorative e scolastiche, anche le manifestazioni pubbliche e ludiche³.

Il governo è stato, quindi, chiamato ad emettere il d.l. 6/2020, recante misure urgenti per evitare il propagarsi dell'epidemia "nei

² Emblematiche le parole di M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *QuestioneGiustizia*, 7 aprile 2020, reperibile all'indirizzo http://www.questionegiustizia.it/articolo/chiacchiericcio-sulle-liberta-costituzionali-al-tempo-del-coronavirus_07-04-2020.php, che si chiede se sia "mai possibile che la difesa della salus pubblica ponga nelle mani dell'inquietante governo di turno quanto di più sacro vi è della salus privata, ovvero la nostra libertà e dignità di individui, operanti in una società ormai soffocata a colpi di Dpcm".

³ Ordinanza del 21 febbraio 2020.

comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus”.

Si trattava, all'epoca, di un intervento atto, per un verso, a gestire i contagi già avvenuti e, per altro (più difficile) verso, ad arginare l'emergenza sanitaria entro i confini locali già interessati.

In altri termini, il d.l. 6/2020 aveva un ambito applicativo localizzato, andando a demarcare dal resto del Paese la cd. zona rossa, i cui abitanti sono stati sottoposti ad una quarantena forzata in ragione della suddetta esigenza di contenimento.

È stato, pertanto, positivizzato l'elenco delle attività sospese, talune già previste nelle ordinanze comunali e ministeriali. In aggiunta, il combinato disposto di cui agli artt. 2 e 3 d.l. 6/2020 ha, poi, legittimato le autorità competenti ad adottare ulteriori misure di contenimento dell'emergenza, attuabili *“con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri”*, anche al di fuori di tale elencazione.

Purtroppo però gli interventi del governo non sono serviti ad evitare le ulteriori strette cui abbiamo assistito. In brevissimo tempo, infatti, nuovi e più estesi focolai sono divampati, rendendo ben presto necessario un intervento su scala regionale.

Con il d.P.C.M. dell'8 marzo 2020 sono state, quindi, adottate ulteriori disposizioni attuative del d.l. 6/2020, estendendo la zona rossa fino ai confini della Regione lombarda e costituendone di nuove in altre province del nord-Italia.

Fino a quel momento l'emergenza, per quanto drammaticamente in espansione, era concentrata in un'area più o meno circoscritta dello Stato, potendo ancora parlarsi di una problematica locale.

Di lì a pochi giorni la situazione è radicalmente mutata, probabilmente a fronte delle scriteriate migrazioni verso il sud del Paese: con il d.P.C.M. dell'11 marzo 2020 il governo ha adottato delle misure ancora più stringenti, ma questa volta *“allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus (...) sull'intero territorio nazionale”*.

In poche ore si è, quindi, passati da un panorama locale ad un panorama unico nazionale. Sono stati spazzati via i confini di demarcazione tra zone rosse e zone non rosse, potendosi unificare l'intero Paese sotto un unico colore emergenziale, arancione.

Ebbene, l'estensione all'intero territorio nazionale non è stata realizzata in sede di conversione del decreto-legge, avvenuta con legge del 5 marzo.

Dunque, il d.P.C.M. dell'11 marzo godeva ancora della copertura normativa del d.l. 6/2020, che, tuttavia, si proponeva come scopo un intervento circoscritto ad una decina di comuni lombardi.

In questo senso ci si è chiesti se, a fronte del mutato ambito applicativo, il d.P.C.M. in esame (e ancor di più i successivi) potesse dirsi conforme ai parametri costituzionali in tema di riserva di legge.

Sul punto, infatti, si sono registrate voci critiche, a sottolineare la necessità di adottare un nuovo decreto-legge, *“che valga come base legale per le limitazioni, estese su base nazionale”*⁴.

E ad ovviare il problema non era certo sufficiente il mero richiamo, tra i modi di attuazione delle misure di contenimento, alla proposta del ministro della salute, sentito *“il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale”*, stante la necessità di una esplicita copertura normativa nel rispetto del principio di legalità.

Non a caso, quindi, con il d.l. 19/2020 il governo ha evidentemente voluto sanare le rilevate lacune di legalità, ponendo quale scopo dell'intervento il contenimento e il contrasto della diffusione del virus *“su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso”*.

Un altro profilo sanante dell'ultima normativa certamente riguarda l'estrema vaghezza con cui, in precedenza, era stata consentita l'adozione di misure restrittive.

In particolare, l'art. 2 del d.l. 6/2020 stabiliva che *“le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza (...) anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1”*.

Questa locuzione, palesemente contraria al principio di tassatività⁵, inteso quale corollario della legalità, è stata poi rivista nel successivo

⁴ G. L. GATTA, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistema Penale*, 16 marzo 2020, reperibile all'indirizzo <https://sistemapenale.it/it/opinioni/coronavirus-covid-19-diritti-liberta-fondamentali-diritto-penale-legalita>.

⁵ Non a caso, infatti, la l. 400/1988, che disciplina l'attività del governo e della Presidenza del Consiglio dei ministri, sancisce all'art. 15 co. 3 che i decreti legge debbano avere un contenuto specifico.

d.l. 19/2020, che, da un lato, all'art. 1 riporta un elenco dettagliato di misure consentite e, dall'altro, non contiene più clausole aperte; di talché, l'elenco in parola è da intendersi come tassativo⁶.

Inoltre l'art. 2 co. 5 della recente novella prevede, altresì, una peculiare verifica *ex post* da parte delle Camere dei provvedimenti adottati: onere che il Presidente del Consiglio dei ministri o un ministro da lui delegato dovrà espletare “ogni quindici giorni”.

Detto controllo, data l'originalità che riveste nel nostro sistema, è probabilmente da leggersi in virtù del tentativo di compensare il debolissimo fondamento di legalità che connotava il precedente d.l. 6/2020.

È, tuttavia, lecito domandarsi se i principi già chiamati in causa possano dirsi così sanati o se, come appare più corretto, siano stati irrimediabilmente lesi, stante il carattere non retroattivo della nuova norma⁷.

In questo secondo caso, tutte le misure restrittive poste in essere fino all'entrata in vigore del d.l. 19/2020, che, come si dirà meglio nel prosieguo, fa salvi gli effetti delle misure fino ad allora adottate per i successivi dieci giorni, sarebbero da ritenere illegittimi, per contrasto con il principio di legalità, *sub specie* di tassatività in astratto.

Qualunque interpretazione differente, infatti, si pone irrimediabilmente in contrasto con i principi generali del nostro ordinamento, ad iniziare dall'art. 11 delle preleggi del codice civile, che, come noto, sancisce il divieto di retroattività delle norme.

In effetti, il problema è a monte: prendendo in esame l'art. 17, co. 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, si consente l'adozione di

⁶ G. L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza Covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio – luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistema Penale*, 26 marzo 2020, reperibile all'indirizzo <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/decreto-legge-19-del-2020-covid-19-coronavirus-sanzioni-illecito-amministrativo-reato-inosservanza-misure>.

⁷ In questo senso, si concorda con chi ritiene che “tutte le osservazioni sin qui svolte restano attuali per l'arco temporale che va dal 23 febbraio 2020 al 26 marzo 2020. Inoltre, il fatto che si siano superate alcune criticità non ci esime certo dall'analizzare quelle che si sono verificate, proprio nell'ottica di dar conto dell'evoluzione del modo in cui da un punto di vista giuridico è stata affrontata questa difficile situazione” (F. FILICE - G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *QuestioneGiustizia*, 27 marzo 2020, reperibile all'indirizzo http://www.questionegiustizia.it/articolo/lo-stato-democratico-di-diritto-alla-prova-del-contagio_27-03-2020.php).

regolamenti con decreto ministeriale nelle materie di competenza del ministro, quando la legge espressamente gli conferisca tale potere, ma non vi è legge che affidi la gestione dello stato di emergenza al Presidente del Consiglio. Anzi, l'art. 77 Cost. concede, sì, al governo di adottare un provvedimento provvisorio, senza però estromettere in assoluto il Parlamento.

Tutti i recenti d.P.C.M., già definiti “*regolamenti ‘indipendenti’ atipici*”⁸, hanno di fatto evitato l'intervento del Parlamento, così sovvertendo quella valorizzazione della legalità in senso sostanziale che, tra tutte le diverse accezioni del principio in parola, meglio presidia la dialettica autorità-libertà, imponendo alla P.A. di rispettare criteri modalità, limiti di esercizio del potere individuati dal legislatore⁹. La legge, quindi, “*oltre ad attribuire il potere, deve determinare i confini dello stesso ed individuare con sufficiente precisione l'autorità competente, i destinatari dell'atto, il tipo di potere (discrezionale o vincolato) ed il risultato da raggiungere*”¹⁰.

È ormai a far data dal 2011, infatti, che il Giudice delle leggi ha statuito “*l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una ‘totale libertà’ al soggetto od organo investito della funzione. Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa*”¹¹.

E, aderendo al principio di legalità in accezione sostanziale, appare, come del resto i più ritengono, contestabile la legittimità

⁸ A. GUSMAI, “Lo ‘stato di emergenza’ ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?”, in *Diritti Fondamentali*, 25 marzo 2020, 7, reperibile all'indirizzo <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/03/Gusmai-Lo-«stato-di-emergenza»-ai-tempi-del-Covid-19.pdf>.

⁹ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 42. In generale, sul principio di legalità, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 61.

¹⁰ M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2018, p. 8.

¹¹ Corte costituzionale, sent. (22 marzo 2011) 7 aprile 2011, n. 115.

costituzionale dei regolamenti indipendenti, di cui all'art. 17, co. 1, lett. c), l. 400/1988¹².

Ma, a tutto voler concedere, detta disposizione, oltre a prevedere un diverso procedimento di adozione, pone comunque un esplicito divieto per le materie riservate alla legge, in cui resta imprescindibile l'intervento parlamentare, “*come nel caso che ci occupa, in cui ad essere state limitate sono alcune delle libertà costituzionali*”¹³.

Alla base della recente esautorazione del Parlamento si sono posti, da un lato, l'esigenza di una procedura più snella, compatibile con il dinamismo emergenziale, dall'altro, il fine preventivo di evitare il dilagare dei contagi tra i vertici statali.

Quanto al primo profilo, il nostro ordinamento dispone appositamente di uno strumento agile, il decreto-legge, caratterizzato da una procedura più rapida rispetto alla legge, comunque rispettosa dei canoni costituzionali: benché consenta al governo l'adozione di atti parificati alla legge, l'art. 77 co. 2 Cost. impone che il giorno stesso il decreto sia presentato alle Camere, le quali, anche se sciolte, si riuniscono entro cinque giorni.

Questo consente al governo di far fronte a situazioni connotate da necessità e urgenza, ma senza ledere le fonti del diritto. Il dibattito parlamentare persiste, seppur in un secondo momento, in sede di conversione della legge, cosa che, peraltro, può avvenire anche con modifiche rispetto all'originario testo del decreto.

Tutti schemi ritenuti secondari durante l'attuale epidemia. Sì, perché il potere di informativa alle Camere, da esercitare ogni quindici giorni, al fine di riferire le misure adottate non può certo compensare il *vulnus* di legalità che il d.P.C.M. comporta¹⁴.

¹² Per l'analisi delle problematiche legate ai regolamenti indipendenti, *ex plurimis*, M. SIAS, *I regolamenti indipendenti e il nuovo Titolo V*, in *Federalismi*, 7 agosto 2003, reperibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=1368>; A. LUCARELLI, *Contributo alla teoria del sistema delle fonti. Ancora intorno al regolamento indipendente*, in *Rivista AIC Associazione Italiana di Costituzionalisti*, 30 luglio 2019, 3.

¹³ A. GUSMAI, “Lo ‘stato di emergenza’ ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?”, cit.

¹⁴ “Certamente un passo che va nella giusta direzione, ma che non esaurisce la necessità di rimettere [...] il Parlamento al centro delle scelte decisionali” (F. FILICE – G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, cit.).

In primis, tale potere sembra sconfinare nell'attività di un altro potere dello Stato, non certo quello legislativo. Un conto, infatti, è il potere di convertire un decreto in legge, ma il controllo sulle misure già adottate è ben altra cosa.

Trattandosi, infatti, di atti di natura amministrativa¹⁵, propri del potere esecutivo, il controllo degli stessi è demandato alla giustizia amministrativa (TAR Lazio, avendo il decreto efficacia ultraregionale¹⁶), così come a quella ordinaria, seppure ai soli fini della disapplicazione, ex artt. 4 e 5 della legge del 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, del provvedimento ritenuto illegittimo.

Ma soprattutto ci si chiede quale sia il senso pratico di questa informativa.

A ben vedere, il d.l. 19/2020 è unico quanto ad ottimismo, evitando di prevedere una procedura cui attenersi in caso di esito negativo derivante dal controllo in parola.

Quid iuris se le Camere ritenessero talune misure incompatibili con il nostro ordinamento?

La considerazione diventa ancor più concreta, se solo si considera che il *trend* seguito dal governo prevede l'adozione di nuove misure a cadenza quasi settimanale, senza contare le misure adottate dalle altre "autorità competenti", tutte immediatamente in vigore dal giorno successivo alla loro emanazione, a fronte di una informativa che, invece, ha cadenza quindicinale: a maggior ragione – possiamo dire – talune misure già adottate potranno apparire non conformi

¹⁵ Si è, sul punto, sottolineato come tali decreti non perdano la propria natura amministrativa a favore di quella politica, perché "non sono atti emanati dal governo, ma dal Presidente del Consiglio che, da solo, non esercita il potere politico in una forma di governo parlamentare com'è la nostra" (L. A. MAZZAROLLI, "Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, p. 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri", in Sezione Osservatorio Emergenza Covid-19, in *Federalismi*, 23 marzo 2020, 16, reperibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41344&content=%27Riserva%2Bdi%2Blegge%27%27%2Be%2B%27%27principio%2Bdi%2Blegalità%27%27%2Bin%2Btempo%2Bdi%2Bemergenza%2Bnazionale%2B&content-author=%3Cb%3ELudovico%2BA%2E%2BMazzarolli%3C%2Fb%3E>.

¹⁶ F. RATTO TRABUCCO, *Prime note al D.P.C.M. 8 marzo 2020: con l'emergenza Coronavirus la gerarchia delle fonti diventa un optional*, in *LexItalia*, 10 marzo 2020, reperibile all'indirizzo <https://www.lexitalia.it/a/2020/121654>.

all'ordinamento. Questo, oltre che per la legge dei grandi numeri, anche per il contesto in costante e rapida evoluzione che caratterizza questa settimana: ben potrebbe darsi, infatti, che una misura adottata due settimane prima non sia più attuale e necessaria al momento del controllo, essendo venuta meno la contingenza.

In questi casi non è dato sapere quale sarebbe la conseguenza per dette misure, che, anzi, se restassero vigenti sarebbero proprio *expressis verbis* illegittime.

Il che rafforzerebbe nel cittadino l'aprioristica presunzione di illegittimità dei provvedimenti limitativi, a fronte dell'inosservanza del processo normativo posto a garanzia dello stesso. Aprioristica presunzione, che sarebbe acuita, fino a diventare senso di ingiustizia, nel caso il cittadino medesimo fosse concretamente attinto da un personale provvedimento sanzionatorio.

Oltretutto, se il *leitmotiv* sotteso ad ogni intervento di questo periodo è la rapidità, la necessità di instaurare un procedimento rende tutto il sistema più gravoso per il cittadino in termini di tempo, oltre che di spesa.

Peraltro - si ricorda - il cittadino non può nemmeno avere un confronto diretto circa la legittimità costituzionale a monte dei provvedimenti, non avendo accesso diretto al Giudice delle leggi.

Recita, infatti, l'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, che “*nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza*”, che, però, può essere anche respinta con motivata ordinanza.

Insomma, la mancata previsione circa le possibili conseguenze derivanti dall'adozione di una o più misure scorrette (per non dire illegittime) rende, di fatto, il controllo *ex post* delle Camere un vero e proprio palliativo, nella speranza di offuscare gli sguardi desiderosi di garanzie costituzionali.

Uno strumento che, oltre ad essere unico e di dubbia conformità rispetto alla tripartizione dei poteri, è inutile: “*anche questo è un surrogato di qualcosa che potrebbe e dovrebbe avvenire nelle forme costituzionali*”¹⁷.

¹⁷ A. D'ALOIA, *L'emergenza e...i suoi infortuni*, in *Diritti Fondamentali*, 26 marzo 2020, 9, reperibile all'indirizzo <http://dirittifondamentali.it/2020/03/26/ancora-sullemergenza-da-covid-19-dai-dpcm-al-d-l-e-ritorno>.

Oltre la conversione delle Camere, infatti, un ulteriore controllo che la Costituzione impone sui decreti-legge viene esperito dal Presidente della Repubblica, il quale, ai sensi del quinto comma dell'art. 87 Cost., “*emana i decreti aventi valore di legge*”. Tale potere viene ribadito anche a livello primario dall'art. 15, co. 1, l. 400/1988, allorché si afferma che i provvedimenti provvisori “*sono presentati per l'emanazione al Presidente della Repubblica*”. E, benché il Presidente della Repubblica non abbia un vero e proprio potere di arresto nei confronti dei provvedimenti governativi, i suoi rilievi sulla mancanza di presupposti costituzionali, oltre che sulla legittimità costituzionale delle stesse disposizioni contenute nel decreto, “*potrebbero sortire alcuni effetti e costituire, comunque, un deterrente affinché del decreto-legge non si faccia un uso contrario alla Costituzione*”¹⁸.

Altra garanzia, quest'ultima, non considerata dal modello del d.P.C.M.: a conti fatti, l'unico controllo che permane in relazione all'atto in parola è quello preventivo di legittimità svolto dal Giudice contabile, ai sensi della legge 24 novembre 2000, n. 340¹⁹, mancando però qualsiasi altro controllo costituzionalmente imposto²⁰.

Quanto al profilo della prevenzione dei contagi, ancora, il Parlamento, da taluni definito il “*grande assente nel tempo del*

¹⁸ T. MARTINES, “*Diritto costituzionale*” (a cura di G. SILVESTRI), Milano, 1997, p. 477.

¹⁹ Ciò nemmeno all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 16 l. 400/1988, che, come noto, ha sottratto a tale controllo gli atti aventi forza di legge. Sul punto, riecheggiano le parole del Giudice delle leggi, secondo cui in relazione ai d.P.C.M. “*non spetta al governo adottare l'art. 9, comma 7, primo periodo, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 303, che prevede la sottrazione al controllo preventivo di legittimità di atti del Presidente del Consiglio dei ministri e, conseguentemente, di tale disposizione – in accoglimento del ricorso per conflitto tra poteri proposto dalla Corte dei Conti – va disposto l'annullamento in quanto lesiva della posizione costituzionale della Corte dei Conti a causa della violazione dell'art. 76 Cost.*” [Corte costituzionale, sent. (22 maggio 2002) 29 maggio 2002, n. 221].

²⁰ L. CUOCOLO, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, 31 marzo 2020, p. 34, reperibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=41288&dpath=document&dfile=02042020193338.pdf&content=I%2Bdiritti%2Bcostituzionali%2Bdi%2Bfronte%2Bal%27emergenza%2BCovid%2D19%2E%2BUna%2Bprospettiva%2Bcomparata%2E%2B%28aggiornato%2Bal%2B31%2F3%2F2020%29%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bpaper%2B%2D%2B>

*Coronavirus*²¹, è senza dubbio espressione di democrazia e come tale esso costituisce un bene primario soprattutto in un momento così difficile: è “*un servizio essenziale che non può essere dismesso, non meno del servizio sanitario nazionale; i parlamentari devono restare in trincea, non meno di medici e personale sanitario*”²².

In questo senso, la tecnologia può fornire una soluzione per evitare la paralisi del sistema.

Sul punto, viene in rilievo l’art. 64, co. 3, Cost. che richiede la presenza dei parlamentari ai fini della validità delle delibere, che, quindi, potrebbe apparentemente dirsi ostativo al lavoro agile degli stessi.

Tuttavia, tale disposto, entrato in vigore nel 1948, quando non era minimamente ipotizzabile che due o più persone potessero vedersi e parlarsi attraverso una telecamera, pur stando ognuno a casa propria, necessita di essere contestualizzato e interpretato alla luce dei passi avanti fatti dal mondo tecnologico: in questo senso, si è ritenuta obsoleta l’idea che per presenza debba intendersi necessariamente compresenza fisica e ciò emergerebbe ancor di più “*in un mondo che si sta sempre più orientando verso ampie forme di collegamento virtuale (i processi possono essere telematici, i luoghi da cui ci si collega considerati a tutti gli effetti camera di consiglio, l’insegnamento può svolgersi on line, i consigli di amministrazione possono farsi in videoconferenza, l’attività politica delle Regioni e degli enti locali può svolgersi con collegamenti on line)*”²³.

Forse, più che questa soluzione, potrebbe essere preferibile quella meno *tranchant* di chi ritiene auspicabile un’opera tesa a “*re-ingegnerizzare*”²⁴ tutti i procedimenti parlamentari, che permetterebbe di

²¹ C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo*, 31 marzo 2020, p. 84, reperibile all’indirizzo <https://www.constituzionalismo.it/la-costituzione-al-tempo-del-coronavirus>.

²² ID., *op. cit.*, p. 86.

²³ B. CARAVITA, “*L’Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*”, in *Federalismi*, 18 marzo 2020, 6, reperibile all’indirizzo <https://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=548>.

²⁴ Sul punto N. LUPO, *Perché non è l’art. 64 Cost. a impedire il voto “a distanza” dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una “re-ingegnerizzazione” dei procedimenti parlamentari*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Sezione Osservatorio costituzionale, 31 marzo 2020, pp. 9 ss., reperibile all’indirizzo https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020_3_02_Lupo.pdf. In particolare, l’Autore ritiene preferibile “*consentire che una quota (anche assai significativa) dei deputati e dei senatori vi*

dare comunque continuità di funzionamento al Parlamento, senza però estendere eccessivamente l'interpretazione letterale dell'art. 64 co. 3 Cost.

Comunque il punto è che, da ogni prospettiva la si osservi, la scelta di delegare l'adozione di misure di contenimento ai d.P.C.M. appare più come un desiderio di ritorno al passato e al vecchio *dictator* dei romani, piuttosto che frutto di una necessità reale, concreta e attuale. Perciò, dato che la nostra Carta Costituzionale con l'art. 78 Cost. affida la gestione della crisi al Parlamento e non ad un singolo, delle due l'una: “*o i costituenti presero un abbaglio, o in questa crisi c'è uno sbaglio*”²⁵.

Anche perché tollerare la – chiamiamola – deroga rispetto al modello voluto dall'ordinamento, potrebbe costituire un preoccupante precedente per futuri momenti, anch'essi caratterizzati da necessità e urgenza²⁶.

3. Potere di ordinanza e legalità

In generale il potere di adottare ordinanze *extra ordinem* è da sempre nel mirino di critiche garantiste, che hanno costantemente fatto leva sul *vulnus* di legalità, insito nella possibilità di adottare misure non previamente tipizzate dal legislatore.

Si tratta, tuttavia, di uno strumento utile e flessibile, cui l'amministrazione è abilitata a ricorrere per fronteggiare situazioni eccezionali, anch'esse non predeterminabili in via normativa: sono provvedimenti connotati da una atipicità contenutistica, volta proprio alla necessità di “*assicurare quella elasticità di manovra che si vuole riconoscere*

prenda parte [ossia: prenda parte ai procedimenti parlamentari] ‘*da remoto*’, *senza intaccare i tradizionali principi e le garanzie di personalità, autonomia, pubblicità (e in qualche caso segretezza) che caratterizzano i diversi procedimenti parlamentari*”.

²⁵ M. AINIS, “L'emergenza e la legge. Il bisticcio del potere”, in “*la Repubblica*”, n. 30 del 4 marzo 2020.

²⁶ M.A. SIMONELLI, *Il Covid-19 e la gestione governativa dello stato di emergenza. Una riflessione a caldo*, in *laCostituzione.info*, 28 marzo 2020, reperibile all'indirizzo <http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/03/28/il-covid-19-e-la-gestione-governativa-dello-stato-di-emergenza-una-riflessione-a-caldo>, in cui si afferma che “*ciò che preoccupa maggiormente nel contesto italiano è la possibilità per il governo di esercitare poteri emergenziali con limiti di tempo e contenuto vagamente definiti. Il rischio è infatti che la regolamentazione a colpi di decreti ministeriali, in un sostanziale vuoto normativo, possa affermarsi come la modalità ordinaria di gestione delle emergenze anche al di là della tragica situazione attuale*”.

*all'amministrazione*²⁷ per reagire speditamente allorché sussistano un pericolo di danno grave (la necessità) e una indifferibilità dell'intervento urgente (la contingenza).

La giurisprudenza è, infatti, solita ritenere che la deroga ai principi di tipicità e di nominatività sia coerente con l'esigenza di elasticità che deve connotare il potere *extra ordinem*, adattabile alle più imprevedibili o impreviste situazioni di rischio per gli interessi contemplati dalla legge²⁸.

Si ritiene, quindi, che il potere *extra ordinem* sia compatibile con il nostro ordinamento, a patto che siano rispettati, per un verso, dei limiti sostanziali derivanti dalla proporzionalità e ragionevolezza dei provvedimenti, quali elementi sintomatici della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione ad un effettivo bilanciamento degli interessi in gioco; per altro verso, l'amministrazione deve soggiacere al limite procedurale dell'obbligo di rendere una motivazione rafforzata, in ordine sia ai presupposti di esercizio del potere che agli elementi istruttori che hanno reso necessaria l'adozione dell'atto, non essendo ammesso contravvenire a tale obbligo neanche in casi di maggiore urgenza.

Questo in via assolutamente generale.

Con specifico riguardo ad un dichiarato stato di emergenza, l'assetto normativo si arricchisce di un protagonista: la protezione civile.

Quest'ultima ha alle spalle un lungo percorso di sviluppo: originato dall'art. 1 r.d. 18 giugno 1931, n. 773²⁹, il Servizio Nazionale della Protezione Civile è stato istituito con la l. 24 febbraio 1992, n. 225 e ha, da ultimo, trovato disciplina nel d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1.

In particolare, l'art. 2 co. 1 della novella del 2018 tra le attività di competenza della protezione civile prevede la gestione delle emergenze e il loro superamento. Il successivo comma 6 specifica, poi, che la gestione dell'emergenza consiste “*nell'insieme, integrato e coordinato, delle misure e degli interventi diretti ad assicurare il soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite dagli eventi calamitosi e agli animali e la*

²⁷ R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, Molfetta, 2019, p. 68.

²⁸ In questi termini, Cons. St., Sez. V, 13 ottobre 2003, n. 6169.

²⁹ M. RICCI, “*Il potere di ordinanza nella gestione delle emergenze ambientali*”, in *AmbienteDiritto*, 2019, pp. 17 ss.

riduzione del relativo impatto, anche mediante la realizzazione di interventi indifferibili e urgenti ed il ricorso a procedure semplificate”.

Al fine di poter svolgere tali attività, l’art. 7 distingue gli eventi emergenziali di protezione civile in tre categorie, a seconda che interessino singoli enti o amministrazioni, un insieme di enti o amministrazioni o *“emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall’attività dell’uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d’intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell’articolo 24”*.

Ebbene, la pandemia in corso rientra senz’altro in quest’ultima categoria. Correttamente, infatti, il Consiglio dei ministri ha deliberato per la durata di sei mesi lo stato di emergenza *“in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”*³⁰.

A fronte di tale dichiarazione, il governo ha autorizzato l’emanazione delle ordinanze di protezione civile, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 24 e 25 d.lgs. 1/2018.

Sul punto, il primo comma dell’art. 25 indica, quale *iter* ai fini dell’adozione, che le ordinanze debbano essere emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile, una volta acquisita l’intesa con le Regioni e Province autonome territorialmente interessate.

In sostanza, quindi, durante lo stato di emergenza il legislatore ha ritenuto preferibile derogare alle vigenti discipline, in ragione dell’esigenza di coordinamento necessaria al fine di superare il momento nel più breve tempo possibile.

Lo ricorda la stessa delibera del governo del 31 gennaio, allorché stabilisce che per attuare gli interventi necessari *“si provvede con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente”*.

In effetti, il potere di intervento delle Autorità locali non viene del tutto soppresso, stante la necessaria partecipazione della Regione e

³⁰ Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020.

degli altri enti interessati all'emanazione dell'ordinanza *ex art.* 25 d.lgs. 1/2018³¹.

Dunque, volendo riepilogare, questo è il corretto modello da seguire durante uno stato di emergenza di interesse nazionale: si conferisce alla protezione civile il potere di emanare ordinanze *extra ordinem*, d'intesa con gli enti territoriali maggiormente interessati.

Eppure, il d.l. 6/2020 non si è mostrato adesivo al suddetto schema, consentendo, invece, il ricorso ad ordinanze contingibili e urgenti ai sensi degli artt. 32 l. 23 dicembre 1978, n. 833, 117 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, e 50 del testo unico enti locali.

È su questa base che è stata introdotta l'ordinanza della Regione Lombardia n. 514 del 21 marzo 2020, la cui lett. a), punto 2), ha previsto, oltre al divieto di assembramento di più di due persone nei luoghi pubblici, la possibilità di irrogare ai contravventori (lombardi?) una sanzione amministrativa di euro 5.000, in aggiunta, quindi, alla pena già prevista dal d.l. 6/2020, peraltro depenalizzata dal successivo d.l. 19/2020.

Quanto ai poteri di ordinanza, quest'ultimo ha statuito che tutte le misure già adottate sotto la vigenza del d.l. 6/2020 restino in vigore per la durata di dieci giorni, cioè fino al 5 aprile. Per il futuro, invece, la novella ha previsto la possibilità per la Regione di introdurre misure ulteriormente restrittive, ponendo, a tal fine, due limiti: da un lato, detto potere è temporalmente circoscritto fino all'adozione di un apposito d.P.C.M., contrariamente alla tendenza finora verificatasi di " *porsi spesso in funzione più restrittiva o anticipatoria dei provvedimenti statali* "³²; dall'altro lato, si tratta di un potere limitato esclusivamente alle attività di competenza regionale.

Sia consentita, sul punto, una brevissima considerazione.

La ripartizione di competenza Stato-Regioni in ambito sanitario, come noto, ha subito una modifica con la riforma del Titolo V della Costituzione. In specie, all'indomani del riordino dell'art. 117 Cost., la tutela della salute rientra tra le materie di legislazione concorrente, tassativamente indicate al terzo comma.

³¹ In questo senso, la Corte costituzionale si è a più riprese pronunciata circa la legittimità della limitazione dei poteri di intervento regionali: cfr. *ex plurimis*, Corte costituzionale, sent. (21 febbraio 1995) 14 aprile 1995, n. 127.

³² C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in *Sistema Penale*, 2020, pp. 236 ss.

A fronte di tale decentramento a favore degli enti territoriali, avvenuto in virtù del principio di sussidiarietà, è stata demandata alla Regione la competenza in ordine alla programmazione e all'organizzazione dei servizi sanitari e sociali. Il tutto ovviamente al netto di un coordinamento centrale da parte dello Stato, le cui competenze restano salve.

In particolare, lo Stato ha mantenuto la propria competenza esclusiva in relazione alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, da garantire su tutto il territorio, come sancito dall'art. 117 co. 2 lett. m) Cost.

In ambito sanitario viene in rilievo, altresì, la l. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, il cui art. 6 lett. b) include tra le competenze dello Stato *“la profilassi delle malattie infettive e diffusive, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie, nonché gli interventi contro le epidemie e le epizootie”*.

Pertanto, l'epidemia di cui siamo spettatori rende ancor più di difficile comprensione le previsioni circa i poteri d'ordinanza consentiti dal governo.

Ad ogni buon conto, anche volendo ammettere la legittimità dell'adozione dell'ordinanza lombarda, così come di tutte le altre ordinanze regionali emesse in queste settimane, le stesse sono comunque chiamate a rispettare i principi generali dell'ordinamento, in particolare proporzionalità e ragionevolezza, come accennato in apertura.

Quanto al primo, la giurisprudenza amministrativa è ormai granitica nel ritenere che le limitazioni alla sfera privata e costituzionalmente tutelata del cittadino sono consentite solo a fronte di un'indagine *“trifasica”*, che impone di verificare, oltre all'idoneità e alla necessità della misura, la sua adeguatezza, *“cioè la tollerabilità della restrizione che comporta per il privato: sotto tale profilo, l'esercizio del potere, pur idoneo e necessario, è legittimo solo se rispecchia una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, in caso contrario la scelta va rimessa in discussione”*³³.

Il principio di ragionevolezza, invece, strettamente connesso a quello di imparzialità, impone alla P.A. di *“seguire un canone di razionalità*

³³ Tar Marche, sent. 10 dicembre 2012, n. 788, in R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale*, cit., pp. 570 ss.

*operativa nello svolgimento della propria azione, onde evitare decisioni arbitrarie e irrazionali*³⁴.

In proposito, si sottolinea come la dottrina si sia già espressa, ritenendo che l'ulteriore incisione di diritti costituzionali, che siano già stati interessati da una restrizione di carattere nazionale, sia lesiva dei citati principi³⁵.

E non potrebbe essere diversamente: già l'adozione di ordinanze *extra ordinem* successive a provvedimenti nazionali parrebbe minare le fondamenta degli stessi requisiti di necessità e urgenza; a maggior ragione, quindi, un provvedimento non necessario non può ritenersi né proporzionato né tantomeno razionale.

4. Nel merito dell'ordinanza lombarda 514/2020

Come in precedenza accennato, il d.l. 19/2020 non ha efficacia retroattiva, ma fa salvo ogni effetto derivante dalle misure adottate.

Tra queste vi è la già menzionata ordinanza 514/2020 della Regione Lombardia, in vigore fino al 5 aprile 2020.

Se già con il d.l. 6/2020 potevano porsi numerosi dubbi in relazione alla legittimità di tale ordinanza, sia in punto di legittimazione al potere *extra ordinem* sia in punto di doppio binario³⁶, il d.l. 19/2020 ingarbuglia ulteriormente lo scenario.

³⁴ R. GAROFOLI - G. FERRARI, Manuale, cit., p. 560.

³⁵ In questi termini, V. BALDINI, "Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus", in *Diritti Fondamentali*, 2020, 684 ss.: l'Autore, con riferimento ad un'ordinanza della Regione Campania, ne mette in dubbio la legittimità, essendo la stessa stata emanata in un momento successivo rispetto al d.P.C.M. dell'8 marzo 2020, che quindi era già applicabile al territorio campano.

³⁶ Per quanto ormai pacificamente ritenuto compatibile il sistema del doppio binario penale/amministrativo italiano rispetto al diritto sovranazionale, da ultimo la Corte di giustizia ha affermato che è necessario che la normativa nazionale sia volta ad un effettivo interesse generale, tale da giustificare il cumulo di procedimenti. Già questo limite non poteva dirsi rispettato dalla sanzione prevista dall'ordinanza regionale, stante la già avvenuta adozione di misure governative su scala nazionale. Ma, oltre a questo requisito, occorre che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratta (cfr. CGUE Grande Sezione del 20 marzo 2018, Menci, causa C-524/15). Ciò anche in ragione dei costanti insegnamenti della Corte EDU, che, a far data dalla nota sentenza Engel c. Olanda del 1976, secondo cui il semplice *nomen iuris* attribuito ad una sanzione non ne fa venire meno il carattere sostanzialmente

Innanzitutto, quest'ultimo consente l'applicazione della sanzione amministrativa regionale per un periodo di dieci giorni, successivi all'entrata in vigore del decreto.

Oscura, tuttavia, la copertura normativa di questa decisione, sia in generale che con riferimento all'arbitraria scelta di un lasso temporale di dieci giorni.

Peraltro, la novella determina il crearsi di una situazione paradossale: da un lato, l'art. 5 d.l. 19/2020 abroga espressamente il precedente d.l. 6, ad eccezione delle disposizioni finanziarie; dall'altro, consente l'adozione *medio tempore* fino al 5 aprile di provvedimenti, a questo punto emanati in virtù di una normativa espressamente abrogata.

Potrebbe obiettarsi, allora, che la sanzione prevista dall'ordinanza lombarda troverebbe copertura normativa nello stesso d.l. 19/2020, che, come detto, ne consente l'adozione, ma questa ipotesi comporterebbe il definitivo venir meno dei presupposti (ammesso che ve ne siano di legittimi) del potere *extra ordinem*, in precedenza affrontati.

Non potrebbero, invero, dirsi sussistenti né la necessità né l'urgenza: quanto alla prima, verrebbe in rilievo l'art. 1, co. 2, lett. f), d.l. 19/2020 che già prevede la misura della “*limitazione o divieto delle riunioni o degli assembramenti in luoghi pubblici o aperti al pubblico*”; quanto all'urgenza, poi, dovrebbe trovare applicazione la possibilità di adottare misure regionali solo in caso di inerzia governativa, cosa che, sempre alla luce della lett. f) dell'art. 1, co. 2, d.l. 19/2020, non interessa il caso di specie.

Pertanto, l'ordinanza emanata dalla Regione Lombardia è oltremodo incompatibile con i principi costituzionali, determinando incomprensibili disparità di trattamento nei confronti della popolazione lombarda, chiamata a rispondere di una doppia sanzione amministrativa in relazione ad un fatto già previsto e sanzionato dalla disciplina nazionale.

penale, con la conseguente applicazione anche a tali sanzioni dei principi vigenti in materia penale, in primis il *ne bis in idem* (cfr. Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, Engel v. Olanda). Sul punto, come noto, tra i criteri Engel spicca quello della severità della sanzione prevista, che, nel caso dell'ordinanza regionale, è di 5.000 euro, a fronte di una sanzione pecuniaria prevista dall'art. 650 c.p. dell'ammenda fino a 206 euro.

Il problema – si segnala – non può dirsi risolto neppure a seguito dell’emanazione dell’ordinanza n. 521 del 4 aprile 2020, con cui vengono adottate *“misure specifiche e più restrittive”* per la Regione Lombardia, valide dal 5 al 13 aprile 2020, sul cui esame, giovano alcune considerazioni.

In particolare, l’intervento regionale è stato reso possibile in virtù dell’art. 3 d.l. 19/2020, che, come detto, lo consente *“nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri [...] e con efficacia limitata fino a tale momento”*. Perciò, nonostante l’ordinanza prevede la propria espressa efficacia fino al 13 aprile 2020, se nel frattempo venisse adottato un nuovo d.P.C.M., la stessa decadrebbe automaticamente.

In secondo luogo, occorre domandarsi se permanga o meno l’irrogazione della sanzione amministrativa di 5.000 euro in capo ai contravventori delle misure regionali.

Ebbene, da una prima lettura dell’ordinanza la risposta più ragionevole parrebbe essere di senso negativo, stante la mancata previsione di alcuna sanzione amministrativa in caso di contravvenzione.

Vero è che nel preambolo viene richiamata l’ordinanza 514/2020, ma è anche vero che detta ordinanza ha mantenuto la propria efficacia fino al 4 aprile 2020 e che, pertanto, quanto non espressamente reiterato non può godere di ultrattività.

Non solo.

L’art. 1 della nuova ordinanza prevede talune misure specifiche, già adottate con ordinanza del 21 marzo, tra cui balza subito all’occhio quella prevista al punto e): *“sono vietati gli assembramenti di più di 2 persone nei luoghi pubblici o aperti al pubblico”*.

Ed era proprio in caso di violazione del divieto di assembramento in luogo pubblico che, nell’ordinanza 514/2020, veniva prevista l’irrogazione della sanzione amministrativa. Di talché, a maggior ragione la mancata riproposizione della sanzione lascerebbe pensare che per il futuro la stessa sia venuta meno.

Esattamente come già notato in relazione ai d.P.C.M., resta comunque il problema dei provvedimenti adottati tra il 22 marzo e il 4 aprile 2020, fatti salvi, come visto, dal d.l. 19/2020, come affermato anche dall’art. 2, co. 4, dell’ordinanza 521/2020, secondo cui *“sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati”*.

5. *Sull'avvenuta depenalizzazione*

Con l'entrata in vigore dell'ultimo d.l. 19/2020 il legislatore ha modificato la propria posizione, assunta sotto la vigenza del precedente assetto normativo, circa le sanzioni previste per i contravventori delle misure adottate.

Facendo un breve passo indietro, l'art. 3, co. 4, d.l. 6/2020 prevedeva per il mancato rispetto delle misure restrittive una punizione ai sensi dell'art. 650 c.p., salvo che il fatto non costituisse più grave reato.

Con tale fattispecie il codice penale apre il Libro III dedicato alla repressione delle contravvenzioni.

Esempio perfetto di norma penale in bianco, l'art. 650 c.p. prevede e punisce con l'arresto fino a tre mesi o, alternativamente, con l'ammenda fino a 206 euro l'inosservanza dei provvedimenti dati dall'Autorità per ragione di giustizia, pubblica sicurezza, ordine pubblico o igiene.

In specie, la norma rinvia ad una fonte sub-legislativa per individuare il contenuto del precetto, ma ciò a patto che i provvedimenti siano individuali e concreti: si tratta, infatti, di una norma esclusivamente sanzionatoria, non applicabile alle inosservanze di leggi o regolamenti concernenti la generalità dei cittadini³⁷.

È norma di natura sussidiaria e questo spiega la cornice edittale non troppo elevata, in quanto essa trova applicazione solo quando l'inosservanza non sia già autonomamente sanzionata da nessun'altra norma, sia essa di natura penale, processuale o amministrativa³⁸.

Una cornice edittale piuttosto irrisoria, considerata, peraltro, la possibilità data al contravventore di accedere all'istituto dell'oblazione, che, come noto, consente di estinguere il reato con il pagamento, prima del giudizio, di una somma pari alla metà del massimo previsto dalla contravvenzione che si assume violata; nel caso del 650 c.p., quindi, il contravventore potrebbe cavarsela con il pagamento di poco

³⁷ Cfr. *ex plurimis* Cass., Sez. I Pen (Pres. La Cava, Est. Macrì), 18 gennaio 1996, n. 570, in CED n. 203461; in senso conforme, Cass., Sez. I Pen. (Pres. Bardovagni, Est. Bonito), 8 aprile 2013, n. 15936, in CED n. 255636.

³⁸ Cfr. Cass., Sez. III Pen. (Pres. Cervadoro, Est. Soggi), 7 giugno 2019, n. 25322, in CED n. 276005.

superiore ad un centinaio di euro, con l'aggiunta delle spese del procedimento³⁹.

Ebbene, dato l'elevato numero di sanzioni registratesi nei primi giorni delle misure restrittive e probabilmente per evitare l'ulteriore congestionamento della già problematica realtà giudiziaria, l'art. 4, co. 1, del d.l. 19/2020 ha previsto per la mancata ottemperanza alle misure imposte una sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 400 a 3.000 euro, fermo restando la penale rilevanza dell'inosservanza della quarantena da parte di chi fosse risultato positivo al virus, punita ai sensi dell'art. 260 del testo unico delle leggi sanitarie o, nei casi più gravi, dell'art. 452 c.p.

Con l'ultimo d.l. si assiste, quindi, ad una vera e propria depenalizzazione, resa ancora più evidente dalla specificazione secondo cui *“non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità”*, in esplicito superamento del quinto comma dell'art. 2 c.p.

Per evitare gli infelici riflessi che spesso si pongono per la mancata previsione di disposizioni transitorie, l'art. 4, co. 8, d.l. 19/2020 prevede l'applicazione della neo introdotta sanzione amministrativa anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto, disponendo, tuttavia, in detti casi una riduzione pari alla metà della sanzione.

La disposizione si omologa, quindi, alla disciplina dettata dagli artt. 40 e 41 della l. 689/1981, ove si stabilisce la retroazione della depenalizzazione, con riduzione della sanzione.

Come già osservato in dottrina, l'art. 4, co. 8, ha senza dubbio il valore di *“evitare l'effetto perverso derivante dalla convergenza in materie di due diversi principi di legalità – ex art. 2, comma 2, c.p. ed ex art. 1 l. 689/81 – che avrebbero portato, per un fatto commesso anteriormente all'entrata in vigore del decreto, al paradosso dell'inapplicabilità sia della sanzione penale (non più vigente al momento del giudizio), che della sanzione amministrativa (non ancora vigente al momento del fatto)”*⁴⁰.

³⁹ Si segnala, comunque, che l'accesso all'oblazione non è automatico, in quanto il quarto comma dell'art. 162-bis c.p. stabilisce come il giudice possa respingere la relativa domanda, avuto riguardo alla gravità del fatto.

⁴⁰ F. PICCIONI, *“Decreto-legge n. 19/2020: depenalizzazione della violazione delle misure di distanziamento sociale”*, in *Diritto e Giustizia*, 26 marzo 2020, reperibile all'indirizzo

Questo articolo merita, però, un'ulteriore considerazione: per un verso, sicuramente la disposizione è frutto delle notevoli difficoltà normative derivanti dalla drammaticità, dall'unicità e dall'urgenza di questo periodo; per altro verso, l'osservazione che segue potrebbe avere delle conseguenze pratiche di portata addirittura imprevedibili.

Ad ogni buon conto, il legislatore non si è confrontato con un recente indirizzo interpretativo, che dubita della legittimità convenzionale delle norme di carattere transitorio, le quali, estendendo l'operatività delle sanzioni amministrative previste per i nuovi illeciti depenalizzati anche a condotte poste in essere in precedenza, si porrebbero in contrasto con il principio di irretroattività sancito dall'art. 7 CEDU, applicabile anche a sanzioni formalmente amministrative ma qualificabili, di fatto, come penali sulla scorta dei noti "criteri Engel". Ne deriverebbe, così, una violazione dell'art. 117, co. 1, Cost, come sancito dalle "sentenze gemelle" del 2007⁴¹.

È vero che una sanzione amministrativa risulta meno afflittiva di una di natura penale, ma non è corretto escludere *in toto* il caso inverso. Per vero, possono sussistere delle eccezioni in questo senso, come il caso che in questa sede ci occupa.

Comparando, infatti, la pena prevista dall'art. 650 c.p. con quella irrogabile a fronte della nuova sanzione amministrativa, balza subito all'occhio la differente portata, tale per cui la pena massima prevista dalla prima è comunque inferiore al limite minimo della seconda.

Ebbene, il Giudice delle leggi si è già interessato e pronunciato circa i dubbi di costituzionalità sorti a fronte di depenalizzazioni solo formalmente più favorevoli, affermando, sul punto, che occorre "*lasciare spazio alla possibilità di dimostrare, caso per caso, che il nuovo trattamento sanzionatorio amministrativo previsto dalla legge di depenalizzazione risulti in concreto più gravoso di quello previgente. Con conseguente illegittimità costituzionale dell'eventuale disposizione transitoria che ne preveda l'indefettibile applicazione anche ai fatti pregressi, per violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost*"⁴².

http://www.dirittoegiustizia.it/news/15/0000098034/Decreto_legge_n_19_2020_depenalizzazione_della_violazione_delle_misure_di_distanziamento_sociale.html.

⁴¹ Cfr. Corte costituzionale, sent. (3 luglio 2007) 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

⁴² Corte costituzionale, sent. (25 ottobre 2018) 5 dicembre 2018, n. 223.

Pertanto, questo indirizzo sembra assegnare al giudice del caso concreto il compito di valutare se un trattamento sanzionatorio sia complessivamente ed effettivamente non peggiorativo di uno precedentemente in vigore, con il rischio, però, di pronunce altalenanti, come tali lesive della certezza del diritto, oltre al rischio di un'eccessiva mole di lavoro che ciò comporterebbe per le Procure, già sufficientemente in sovraccarico.

Ma comunque, al di là dei profili intertemporali, il legislatore ha ritenuto più compatibile con l'assetto attuale depenalizzare la fattispecie di cui al 650 c.p.

Per carità: non si dubita in questa sede del riflesso in termini giudiziari che a monte il d.l. 6/2020 ha avuto⁴³; quel che appare perlomeno contraddittorio è il contemporaneo acuirsi dell'emergenza, al punto da rendere necessarie misure sempre più restrittive ed estese su scala nazionale, unito alla dismissione del sistema penale.

Ovvio che la sanzione concretamente irrogabile presenta una maggiore afflittività immediata in termini pecuniari, ma non si può svilire il sistema punitivo con la previsione di una depenalizzazione, che, quindi, consentirebbe innanzitutto di evitare l'irrogazione di una pena detentiva, invece prevista, per quanto minima e in alternativa a quella pecuniaria, dall'art. 650 c.p.; ancora, la depenalizzazione consente ai contravventori di scampare i riflessi in punto di casellario giudiziale, che ai sensi dell'art. 3 d.P.R. 313/2002 prevede tra i provvedimenti iscrivibili quelli giudiziari penali.

Non è una novità, infatti, che lo strumento della pena costituisca l'*extrema ratio*, cui ricorrere solo in caso di violazioni dell'ordinamento particolarmente gravi, in grado di cagionare il "danno sociale" (oggi divenuto principio di offensività) di cui parlava Beccaria, alludendo in questo senso al fatto che solo i comportamenti in grado di mettere in pericolo l'intera comunità sociale possono giustificare il ricorso ad una pena.

⁴³ Tra l'11 e il 23 marzo 2020 si sono registrate 102.316 denunce nei confronti di cittadini ai sensi dell'art. 650 c.p. e 2.348 per il reato di false attestazioni a pubblico ufficiale, oltre a 2.380 denunce contro titolari di esercizi commerciali controllati (dati risultanti dal sito del Ministero dell'interno, <https://www.interno.gov.it/it/notizie/coronavirus-23-marzo-controllate-oltre-228mila-persone-e-87mila-esercizi-commerciali>, da ultimo consultato in data 2 aprile 2020).

Non è una novità, ancora, che la pena sia applicazione di prevenzione generale, che peraltro consente nel lungo periodo anche lo sviluppo di un'azione pedagogica della norma penale: *“si confida cioè che col tempo si crei nella collettività una spontanea adesione ai valori espressi dalla legge penale. L'effetto di orientamento culturale dovrebbe in altri termini sostituirsi, a poco a poco, all'obbedienza dettata dal timore della pena”*⁴⁴.

Che senso ha, dunque, depenalizzare una previsione normativa, lasciando così intendere l'insussistenza del famoso “danno sociale” o, per essere più attuali, di offensività, se parallelamente si prevede il contestuale incremento di misure via via più restrittive?

Si arriva addirittura a sfiorare il paradosso, allorché si prevede una sanzione amministrativa di gran lunga superiore, almeno in termini pecuniari, rispetto all'originaria previsione penale. In parole povere: il diritto penale non ha più motivo di essere scomodato, nonostante l'emergenza epidemica nazionale (e prima ancora internazionale) in corso, ma la sanzione irrogabile deve essere aumentata esponenzialmente rispetto a prima.

In questo senso la scelta di depenalizzare le violazioni delle misure adottate a fronte dell'attuale emergenza appare stridente rispetto all'allerta sempre più rigida, che ragionevolmente sta ispirando le scelte (più o meno corrette in punto di legittimazione) governative.

6. *Interventi riparatori e legalità*

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, verrebbe da concludere in maniera forse un po' provocatoria.

In particolare, l'analisi degli interventi succedutisi in queste settimane mostra come ogni volta le Autorità cerchino di apportare accorgimenti correttivi alle disposizioni già in essere.

È stato così per il d.l. 19/2020, che ha tentato di rinforzare le previsioni del d.l. 6/2020; è stato così per l'ordinanza della Regione Lombardia 521/2020, che, da una prima lettura, parrebbe correggere il tiro precedentemente tenuto in forza dell'ordinanza 514/2020. Come se, presa contezza delle conseguenze scaturite dai precedenti interventi, d.l. 19/2020 e ordinanza 521/2020 abbiano voluto

⁴⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, p. 4.

raddrizzare il tiro delle previsioni fino ad allora vigenti: da un lato, infatti, il d.l. 19/2020 ha cercato, per vero invano, di compensare le lacune di legalità cui era incappato il d.l. 6/2020; dall'altro, la recente ordinanza regionale lombarda, non riportando la possibilità di irrogare la sanzione amministrativa, è evidentemente tornata sui suoi passi circa l'opportunità di raddoppiare la sanzione per i soli cittadini interessati.

Ci si chiede, allora, se non sia contraddittorio fare salvi gli effetti delle misure adottate tra i primi e i secondi interventi. Ci si chiede, in altri termini, se non strida con i principi generali del nostro ordinamento mantenere in vita gli effetti di qualcosa che si ritiene di dover modificare.

I nuovi interventi, come detto, paiono una sorta di riprova della illegittimità dei precedenti, che, quindi, rende oltremodo paradossale il mantenimento di efficacia delle misure adottate in ragione di questi.

Un *trend* che sottolinea una presa di coscienza circa l'illegittimità delle fondamenta dei precedenti, ma che comunque preferisce chiudere un occhio sui provvedimenti già adottati. Come a dire: preso atto della irritalità delle precedenti previsioni, le modifico; ma le misure adottate a fronte di quelle possono restare in piedi.

Ci si chiede, in definitiva, se non sarebbe stato più corretto far decadere gli effetti delle misure adottate, rispetto al tenerli in vita.

Alla luce dell'erronea (*rectius*, inesistente) applicazione dei principi costituzionali, non può tollerarsi che a pagarne le conseguenze sia lo stesso soggetto per la cui tutela i medesimi sono in origine stati posti: il cittadino.

In buona sostanza, e tirando le fila delle analisi svolte, è ovviamente auspicabile che i prossimi interventi governativi si pongano in linea con i binari del nostro ordinamento. Ma per quanto concerne le misure e i provvedimenti già adottati, gli stessi costituiscono un criticabile esempio di legalità che, come tale, non può essere in alcun modo salvato.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AINIS M., *L'emergenza e la legge. Il bisticcio del potere*, in *la Repubblica*, n. 30 del 4 marzo 2020; BALDINI V., *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*,

in *Diritti Fondamentali*, 2020, 684 ss.; BIGNAMI M., *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *QuestioneGiustizia*, 7 aprile 2020; CARAVITA B., *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi*, 18 marzo 2020, 6; CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 42; CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 61; CUOCOLO L., in CUOCOLO L. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in Sezione Osservatorio emergenza Covid-19, 31 marzo 2020, 34; D'ALOIA A., *L'emergenza e...i suoi infortuni*, in *Diritti Fondamentali*, 26 marzo 2020, 9; FILICE F. - LOCATI G.M., *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *QuestioneGiustizia*, 27 marzo 2020; GAROFOLI R. - FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, Molfetta, 2019, 68 ss.; GATTA G.L., *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistema Penale*, 16 marzo 2020; GATTA G.L., *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza Covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio_ luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistema Penale*, 26 marzo 2020; GUSMAI A., *Lo "stato di emergenza" ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?*, in *Diritti Fondamentali*, 25 marzo 2020, 7; LUCARELLI A., *Contributo alla teoria del sistema delle fonti. Ancora intorno al regolamento indipendente*, in *Rivista AIC Associazione Italiana di Costituzionalisti*, 30 luglio 2019, N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Sezione Osservatorio costituzionale, 31 marzo 2020, 9 ss.; MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, 4; MARTINES T., *Diritto costituzionale* (a cura di G. SILVESTRI), Milano, 1997, 477; MAZZAROLLI L.A., *"Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in Sezione Osservatorio Emergenza Covid-19, in *Federalismi*, 23 marzo 2020, 16; PICCIONI F., *Decreto-legge n. 19/2020: depenalizzazione della violazione delle misure di distanziamento sociale*, in *Diritto e Giustizia*, 26 marzo 2020; RATTO TRABUCCO F., *Prime note al D.P.C.M. 8 marzo 2020: con l'emergenza Coronavirus la gerarchia delle fonti diventa un optional*, in *LexItalia*, 10 marzo 2020; RICCI M., *Il potere di ordinanza nella gestione delle emergenze ambientali*, in *AmbienteDiritto*, 2019, 17 ss.; RUGA RIVA C., *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in *Sistema Penale*, 2020, 236 ss.; SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2018, 8; SIAS M., *I regolamenti indipendenti e il nuovo Titolo V*, in *Federalismi*, 7 agosto 2003; SIMONELLI M.A., *Il Covid-19 e la gestione governativa dello stato di emergenza. Una*

riflessione a caldo, in *laCostituzione.info*, 28 marzo 2020; TRIPODINA C., *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo*, 31 marzo 2020, 84 ss.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, Engel v. Olanda;
Corte costituzionale, sent. (21 febbraio 1995) 14 aprile 1995, n. 127;
Cass., Sez. I Pen. (Pres. La Cava, Est. Macrì), 18 gennaio 1996, n. 570, in CED n. 203461;
Corte costituzionale, sent. (22 maggio 2002) 29 maggio 2002, n. 221;
Consiglio di Stato, Sez. IV (Pres. Trotta, Est. Carinci), 13 ottobre 2003;
Corte costituzionale, sent. (3 luglio 2007) 22 ottobre 2007, n. 348 e 349;
Corte costituzionale, sent. (22 marzo 2011) 7 aprile 2011, n. 115;
Tar Marche, sent. 10 dicembre 2012, n. 788;
Cass., Sez. I Pen. (Pres. Bardovagni, Est. Bonito), 8 aprile 2013, n. 15936, in CED n. 255636;
CGUE Grande Sezione del 20 marzo 2018, Menci, causa C-524/15;
Corte costituzionale, sent. (25 ottobre 2018) 5 dicembre 2018, n. 223;
Cass., Sez. III Pen. (Pres. Cervadoro, Est. Socci), 7 giugno 2019, n. 25322, in CED n. 276005.

ABSTRACT

Queste ultime settimane sono state caratterizzate da un susseguirsi di normative e di regole, conseguenti all'emergenza Covid-19, spesso non coordinate tra di loro e fortemente limitative dei diritti fondamentali. Con il presente contributo si vuole valutare se dette disposizioni possano dirsi, da un lato, compatibili con l'impianto costituzionale e, dall'altro, conformi alla disciplina prevista in astratto dal legislatore per far fronte alle situazioni emergenziali.

These past few weeks have been characterized by a sequence of laws and rules, caused by Covid-19 emergency, often uncoordinated and strongly restricting fundamental rights. This paper wants to examine, on one side, the compatibility of that lawmaking with the constitutional structure and, on the other side, its compliance with the emergency response discipline provided for by strict law.

ROBERTO SUCCIO*

IL DIVIETO DI *BIS IN IDEM* NEL SISTEMA REPRESSIVO PENALE TRIBUTARIO

SOMMARIO: 1. Premessa e cenni al sistema sanzionatorio eurounitario. - 2. Evoluzione del sistema e prime soluzioni delle antinomie: il principio di specialità e le previsioni del d.lgs. n. 74 del 2000. - 3. La Sentenza *CEDU* A. e B. *vs* Norvegia, dopo le premesse del giudice di legittimità italiano e i primi tentativi di chiarimento della corte costituzionale. - 4. I fatti del processo nel caso A. e B. *vs* Norvegia: argomentazioni di partenza e conclusioni della *CEDU*. - 5. La *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque quale prima conclusione critica. - 6. Il concetto di *sufficiently close connection ... in substance and in time* nelle argomentazioni barricate della Corte di Cassazione e nelle perplessità del giudice delle leggi. - 7. Lo sviluppo logico-giuridico delle considerazioni svolte dalla *CEDU* nel caso A & B *vs* Norvegia. - 8. Le recenti conclusioni dell'Avvocato generale della Corte UE sul tema in oggetto. - 9. Riflessioni conclusive.

1. Premessa e cenni al sistema sanzionatorio eurounitario

L'irruzione nel sistema giuridico interno dei principî affermati dalla Corte EDU sul tema in oggetto rappresenta sicuramente una delle più rilevanti novità e complessità degli ultimi decenni¹.

Il fenomeno porta la giurisprudenza (o meglio le giurisprudenze delle Corti interessate), la dottrina² e il legislatore a interrogarsi sulla

* Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione.

¹ Sottolineano la portata innovativa sul sistema sanzionatorio G. FLORA, *Ne bis in idem "europeo" e sistema sanzionatorio tributario: devastante tsunami o vento che spazza le nuvole?*, *Rass. Trib.*, n. 4 del 2016, p. 1001 e G. PARONI PINI, *Corte Europea dei diritti dell'uomo: la grande camera detta i limiti di applicabilità del principio del ne bis in idem*, in *Riv. Dir. Trib.*, n. 6 – 2016; parla di "forza dirompente anche per il nostro sistema" la dottrina tributaria; così A. GIOVANNINI, *Il ne bis in idem per la Corte EDU e il sistema sanzionatorio domestico*, in *Rass. Trib.*, n. 5 del 2014, p. 116.

² Evidenziano la varietà con le quali esso si declina B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU Law*, Kluwer, 2010, ma si legga anche P. OLIVER e T. BOMBOIS, *Ne bis in idem en droit Européen: un principe à plusieurs variantes*, *Journal de droit Européen*, 2012, pp. 266 a 272, e J. TOMKIN, *Article 50, Right not to be tried or punished twice in*

funzione delle azioni della pubblica amministrazione, le quali, in materia tributaria, devono essere idonei al raggiungimento dell'obiettivo perseguito arrecando al contempo il minor pregiudizio o sacrificio possibile all'individuo e al suo patrimonio di diritti e posizioni giuridiche meritevoli di tutela.

Ciò determina l'esigenza di trovare un delicato bilanciamento fra diversi interessi contrapposti secondo un principio di proporzionalità.

Nel caso delle sanzioni ed in particolare di quelle non penali, il principio di proporzionalità ha una particolare funzione - che risulta fondamentale - consistente nel prevedere che esse si basino sulla gravità del comportamento e della violazione posta in essere e non eccedano quanto necessario al fine di garantire il raggiungimento di un triplice obiettivo.

A riprova della natura pluralista, quanto alle fonti, del nostro ordinamento, ritengo si possa segnalare sin da subito come sia proprio la triplicità dell'obiettivo ad essere disegnata dalle Corti, non solo dal giudice interno, anche di Legittimità, da quello delle Leggi, o da quello Eurounitario, ma dalle pronunce di tutte le Autorità tra di loro integrate e lette complessivamente, almeno per quanto possibile.

A tal situazione di pluralismo delle fonti, peraltro, segue una evidente incertezza nei risultati applicativi delle disposizioni interpretate, alla quale dovrebbe a questo punto porre mano il legislatore per introdurre elementi di ordine e certezza in un sistema che ogni giorno diviene sempre meno sistematico.

Il primo obiettivo certamente presidiato dal diritto repressivo (o meglio sanzionatorio) sia esso amministrativo che penale è quello dell'esatta e tempestiva riscossione dell'imposta diretta come dell'IVA³.

È la Corte di Cassazione⁴ ad aver recepito e insegnato da tempo con chiarezza tale principio affermando, sia pure nel quadro dei principi generali e delle libertà fondamentali dell'ordinamento

criminal proceedings for the same criminal offence, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, e A. WARD, *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 1373 a 1412.

³ Corte UE causa C-299/86 vedila su www.curia.eu

⁴ Cass. sent. n. 20771 dell'11 settembre 2013 vedila in www.finanze.it

comunitario pertanto, che agli Stati membri è consentito servirsi delle sanzioni allo scopo di rendere più efficace la riscossione dell'IVA.

Il secondo e il terzo obiettivo sono costituiti rispettivamente dall'adempimento degli obblighi formali – che all'esatta riscossione del tributo è obbligo strumentale non eliminabile – e dal contrasto all'evasione dell'imposta; tutti e tre i sopra indicati obiettivi vanno perseguiti evitando le sopra sproporzioni repressive.

La Corte di giustizia Europea⁵ ha affrontato da tempo in termini generali il problema, mostrando di condividere il cennato principio di proporzionalità; nell'esaminare se la violazione inosservanza di obblighi contabili ai fini dell'inversione contabile IVA potesse essere validamente sanzionata col diniego del diritto a detrazione in caso di applicazione del regime dell'inversione contabile ai sensi degli artt. 18, n. 1, lett. d), e 22 della VI direttiva 77/388, come modificata dalla direttiva 2000/1, ha ritenuto che osti alla sesta direttiva per violazione della proporzionalità una prassi di rettifica delle dichiarazioni e di accertamento dell'imposta sul valore aggiunto che sanzionava negando la detrazione un'inosservanza dell'inversione contabile. Tale effetto risulta reazione eccessiva del sistema, di fronte pure alla violazione che merita repressione, in quanto eccedente il

⁵ Si veda Corte UE sent. *Ecotrade*, causa C. 96/07 del 8 maggio 2008 pure su www.curia.eu; in questo caso, si discuteva se l'inosservanza di obblighi contabili ai fini dell'inversione contabile iva, potesse essere validamente sanzionata col diniego del diritto a detrazione in caso di applicazione del regime dell'inversione contabile ai sensi degli artt. 18, n. 1, lett. d), e 22 della VI direttiva 77/388, come modificata dalla direttiva 2000/1. La CGCE ha ritenuto che ostasse alla sesta direttiva per violazione della proporzionalità quella prassi di rettifica delle dichiarazioni e di accertamento dell'imposta sul valore aggiunto diretta a colpire proprio l'inosservanza della prescritta inversione contabile, dal momento che così facendo si andava oltre il conseguimento dell'obiettivo del corretto adempimento degli obblighi previsto dall'art. 22, n. 7 della sesta direttiva. Anche nella sent. Corte di giustizia *Hannl Hofstetter* C-91/02 del 2003, il giudice europeo ha attribuita rilevanza proprio al carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni per decidere in ordine alla loro compatibilità con il diritto dell'Unione. Per una disamina analitica della giurisprudenza euronitaria si veda F. AMATUCCI, *I principi della proporzionalità e del ne bis in idem nel sistema sanzionatorio tributario*, in *Dir. e prat. Trib.*, n. 2 del 2015, pp. 27-41.

necessario per conseguire l'obiettivo del corretto adempimento degli obblighi previsto dall'art. 22, n. 7 della sesta direttiva⁶.

Fermo quindi il rilievo che si attribuisce al principio, va però tenuto presente che nel settore IVA, in cui maggiormente interviene la giurisprudenza Corte di Giustizia ritenendo applicabile la proporzionalità, non è previsto dal diritto dell'unione un sistema sanzionatorio comune in caso di inosservanza degli obblighi presi in considerazione nelle direttive ed ai quali soggiacciono i soggetti passivi di imposta, in quanto ciò spetta ed è formalmente di competenza dei singoli Stati membri.

Quindi, sul punto la Corte può e deve solo limitarsi a porre un freno all'iperrigorsimo sanzionatorio ove esso violi in concreto il principio di proporzionalità, non a indicare direttamente precise modalità di confezionamento del sistema sanzionatorio e di dosimetria delle sanzioni *secundum eventum* da irrogarsi.

Sul fronte della produzione legislativa, va segnalato come la legge delega per la riforma fiscale n. 23 del 11 marzo 2014 abbia previsto, all'art. 8, 1° comma, che il Governo proceda, fra l'altro, alla revisione del sistema sanzionatorio penale tributario al fine di meglio correlare, nel rispetto del principio di proporzionalità, le sanzioni all'effettiva gravità dei comportamenti. Come vedremo, le risultanze dell'esercizio di tal delega non hanno portato un contributo legislativo alla soluzione del problema, in quanto in concreto detto potere non è stato sul punto, in concreto, esercitato dal legislatore delegato.

2. *Evoluzione del sistema e prime soluzioni delle antinomie: il principio di specialità e le previsioni del d.lgs. n. 74 del 2000*

Il diritto sanzionatorio (nel quale possiamo ricomprendere, dal punto di vista sistematico e per finalità definitorie sia le sanzioni penali tributarie che quelle non penali tributarie, o amministrative) risale

⁶ Anche nella sent. Corte UE Hannl Hofstetter C-91/02 del 2003 è attribuita rilevanza al carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni; la si veda ancora su www.curia.eu

certamente - quanto alla prima disciplina positiva moderna - alla legge 7 gennaio 1929, n. 4⁷.

Con essa viene introdotto il criterio dell'alternatività tra i due tipi di sanzioni, prevedendo all'art. 3 che le "leggi finanziarie stabiliscono quando dalla violazione delle norme in esse contenute e che non costituisca reato sorga per il trasgressore l'obbligazione al pagamento di una somma, a titolo di pena pecuniaria a favore dello Stato".

Solo con l'art. 10 del decreto legge 10 luglio 1982, n. 429 (convertito con la legge n. 516 del 1982), viene innovato il sistema prevedendo – al contrario - che l'applicazione delle sanzioni penali previste da detto provvedimento non escluda l'applicazione delle sanzioni amministrative.

Tale previsione mostra di non tener in minimo conto la quasi coeva legge 24 novembre 1981, n. 689, recante la disciplina generale delle sanzioni amministrative; anzi, data la situazione anche temporale della sua introduzione è lecito ritenere che i due articolati normativi siano del tutto separati ed autonomi. L'ultimo citato, pare, nell'adottare il criterio di specialità, prevedere che quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale, non troverebbe applicazione alle sanzioni tributarie. Tali sanzioni, stante la particolare rilevanza dell'interesse tutelato – quello di dissuadere adeguatamente il contribuente che intenda sottrarsi all'obbligo di adempiere al dovere di contribuzione - sarebbero regolate solo ed esclusivamente dalla disposizione propriamente inserita in quell'ordinamento.

Il principio del *ne bis in idem*, nel delimitare la sfera applicativa del principio di specialità operante nel nostro sistema sanzionatorio, opera quindi un doppio *step* logico.

⁷ Per un inquadramento generale leggesi A. GIOVANNINI, *Principio di specialità, illecito tributario e responsabilità dell'ente*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, p. 862; S. MATTEINI CHIARI, *Reati e illeciti amministrativi in materia tributaria - il principio di specialità*, in *Giur. di Merito*, 2004, p. 819. In giurisprudenza, v. le celebri sentenze "gemelle" a Sez. un., Cass. pen., Sez. un., 28 marzo 2013, n. 37425, Favellato, e Cass. pen., Sez. un., 28 marzo 2013, n. 37424, Romano, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 settembre 2013, con note di A. VALSECCHI, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e dell'IVA per il 2005: applicabili gli artt. 10 bis e 10 ter, ma con un'interessante precisazione sull'elemento soggettivo*; e di A. CIRAULO, *La punibilità degli omessi versamenti dell'Iva e delle ritenute certificate nella lettura delle Sezioni Unite*, in *Cass. Pen.*, 2014, p. 38.

Dapprima esso recupera e valorizza, per non dire che introduce per la prima volta, il principio della legge n. 689 del 1981 nel sistema delle sanzioni tributarie; quindi si appropria della ratio di tal principio – quella di evitare il cumulo di sanzioni amministrative e penali per la medesima condotta in capo allo stesso soggetto – previa verifica della sussistenza di situazioni di “doppia sanzione penale” che possono rilevare anche in forza di riqualificazione della sanzione amministrativa. Tale operazione di riqualificazione prevede e consente di far prevalere la sostanza rispetto alla forma o qualificazione giuridica precedente, meramente nominalistica⁸.

Osservando l’evoluzione del sistema penale tributario, ritengo si possa sostenere che la riforma del sistema penale tributario ad opera del decreto legislativo n. 74 del 2000, nel disciplinare sanzioni di tipo diverso nel settore tributario è stata in via di tendenza prossima ai principi della legge n. 689 del 1981, sia pur risultando ampiamente perfettibile quanto a procedimento logico-interpretativo e risultati del medesimo.

L’art. 19 di tal decreto pare infatti assai simile al disposto dell’art. 9 della suddetta legge; vero è però che il seguente art. 20 impone che il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario non possano essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti oppure fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione. Analogamente ai sensi degli artt. 3 e 479 c.p.p., non può sospendersi il processo penale in attesa della definizione di quello tributario, stanti anche i limiti probatori relativi a tale secondo processo.

Sino a oggi quindi, l’accertamento e l’irrogazione delle sanzioni in esame si è svolto sempre secondo un c.d. “doppio binario”, con

⁸ Si ricordi che l’art. 9, L. n. 689 del 1981 prevede che «quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, o da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale» inoltre, l’art. 19, D.lgs. n. 74 del 2000 stabilisce: «quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale».

⁹ Il principio della reciproca indipendenza (c.d. doppio binario) caratterizza quindi nel nostro ordinamento i rapporti tra contenzioso tributario da una parte e processo penale/tributario dall’altra (d.lgs. n. 74 del 2000, art. 20, e art. 64 c.p.p.); segnalava le

conseguente irrilevanza del giudicato tributario – che non ha alcuna efficacia automatica e vincolante per il tribunale penale, a differenza di quanto avveniva prima del decreto legge n. 429 del 1982, allorché vigeva la regola della pregiudiziale tributaria; con correlata irrilevanza del giudicato penale quanto ad efficacia nel processo tributario.

Sul punto rileva in concreto anche l'art. 654 c.p.p., in forza delle limitazioni probatorie alle quali soggiace il secondo sistema processuale sopra richiamato.

L'art. 21, dopo aver stabilito al primo comma che l'ufficio competente irroga comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato, aggiunge, al secondo comma, che tali sanzioni non sono eseguibili nei confronti dei soggetti diversi da quelli indicati dall'art. 19, comma 2, salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o con sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto.

Ne deriva quindi che se il giudice penale condanna l'imputato, allora le sanzioni amministrative dovrebbero essere in concreto non irrogabili, quindi ineseguibili; mentre esse riprendono il loro corso procedimentali, quindi possono essere irrogate, se l'imputato viene assolto.

Così stando le cose, appare allora innegabile che il giudicato formatosi nella sede penale finisce per rivestire in concreto un'efficacia quasi vincolante rispetto al procedimento o al processo tributario che ne sia conseguito in ordine alla concreta applicazione delle sanzioni amministrative, in aperta contraddizione con l'autonomia dei rispettivi procedimenti e processi che pare invece disposta – anzi imposta – dal dettato dell'art. 20 già richiamato.

Si pensi per esempio al caso in cui il procedimento o il processo tributario risultano definiti con l'accertamento di un'imposta evasa di entità inferiore al minimo edittale e con irrogazione delle relative sanzioni amministrative; tuttavia esse restano ineseguibili se il giudice penale addviene alla condanna del contribuente per aver a sua volta e viceversa accertato un'imposta dovuta superiore al minimo edittale. Ne discende la necessità di ritenere che è sempre speciale la norma penale

criticità F. PISTOLESI, *Crisi e prospettive del doppio binario nei rapporti tra processo e procedimento tributario e giudizio penale*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, I, p. 32.

e, per l'altro, di attribuire efficacia preminente e decisiva al giudicato penale.

Si è detto del principio di specialità, come introdotto nel sistema che qui rileva dall'art. 13 del D. Lgs. N. 74 del 2000, anche se con conseguenze ridotte quanto alle concrete modalità di applicazione. In tal disposizione si configurava sino a poco fa come circostanza attenuante in punto pena per i delitti di cui al suddetto decreto il pagamento, prima dell'apertura del dibattimento di fronte al giudice penale di primo grado, dei debiti tributari relativi ai fatti costitutivi dei delitti medesimi, pagamento che poteva esser effettuato anche a seguito delle procedure conciliative o di accertamento con adesione, incluso il versamento delle somme dovute a titolo di sanzioni amministrative. Esse in concreto, sebbene non applicabili all'imputato a norma dell'art. 19, comma 1 sopra richiamato, diverrebbero non solo applicabili ma addirittura – in una sorta di situazione di “pessima sorpresa” per l'imputato, necessariamente da versarsi.

Pare evidente come l'applicazione qui fatta dalla disposizione del principio di specialità porti a conseguenze insoddisfacenti: il pagamento delle sanzioni amministrative congiuntamente all'applicazione delle sanzioni penali discende da un atto volontario, mentre il principio di specialità costituisce rapporto logico prima ancora che giuridico tra disposizioni. La volontà del reo deve rimanere fatto esterno e irrilevante, non assumere funzione di pivot del sistema, che in sua assenza resta bloccato e inoperante.

A riprova di ciò, è intervenuto il decreto legislativo n. 158 del 2015 che, con la nuova formulazione dell'art. 13 e nei limiti e alle condizioni ivi fissati, prevede la trasformazione dell'integrale pagamento dei debiti tributari, ivi comprese le sanzioni amministrative, in causa di non punibilità per i reati di cui agli articoli 4, 5, 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater*, con la conseguenza che ad essere applicata è una sola sanzione e si evita così il cumulo con la sanzione penale¹⁰.

¹⁰ Sulla disposizione in esame si è pronunciata la Corte Costituzionale, (ord. 112 del 2016, vedila in www.cortecostituzionale.it) disponendo la restituzione degli atti al giudice remittente, essendo mutato il quadro normativo essendo infatti nelle more intervenuto il D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158 (Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'art. 8, comma 1, Legge 11 marzo 2014, n. 23), che ha innovato da un punto di vista sistematico il rapporto tra gli illeciti penali e amministrativi in questione, modificando alcune delle disposizioni prese in considerazione dal tribunale

Peraltro, può quantomeno dubitarsi della bontà della soluzione, in quanto non può certo l'ordinamento, creatore di vicende eteroclite, imporre la soluzione “a pagamento” ove il pagatore dell'antinomia – che si grava di un vero e proprio onere economico – sia diverso dal creatore della stessa e debba, per risolverla, fare acquiescenza a un provvedimento accertativo.

La disposizione, invero, pare più diretta a favorire la riscossione “spontanea” (si passi l'espressione) che non a soddisfare esigenze punitive dello Stato e men che meno a tutelare i diritti del contribuente.

Per tutti gli altri reati invece – e, comunque, quando non opera il novellato articolo 13 – il successivo art. 13-*bis* ha tenuto ferma la configurazione del pagamento omnicomprensivo (ossia esteso anche alle sanzioni amministrative) come mera circostanza attenuante; sicché, in tutti questi casi, continua a profilarsi la deroga al principio di specialità che ho ritenuto di poter ravvisare nell'applicazione di entrambi i tipi di sanzioni.

Ancora a valere come premessa al tema principale, va ricordato che le considerazioni sopra svolte non dovrebbero rilevare ove il soggetto agente sia legale rappresentante di una persona giuridica munita di autonomia patrimoniale perfetta e personalità giuridica (quindi una società di capitali) in quanto come previsto in ultimo dal D. L. n. 269 del 2003 in tal caso le sanzioni – per le condotte da questi tenute in tale veste – sarebbero in quel caso irrogate in via generale solo a carico del soggetto rappresentato¹¹.

Resta peraltro da indagare, sul punto, quanto influisca quella giurisprudenza della Corte di cassazione¹² che nel trattare la

bolognese per ravvisare la violazione e, segnatamente, quelle di cui agli artt. 10-ter e 13, D.Lgs. n. 74/2000, introducendo fra l'altro una causa di non punibilità per il caso del pagamento dell'imposta dovuta e delle sanzioni amministrative, sicché, in relazione a tali innovazioni sistematiche spettava al giudice valutarne le complesse ricadute nel giudizio, specie in termini di rilevanza.

¹¹ In tal senso le Concl. Avv. Gen. Di fronte alla Corte UE, 12-01-2017, n. 217/15, nel procedimento di rinvio pregiudiziale disposto dal Tribunale di S. Maria Capua Vetere; vedile in www.curia.eu.

¹² Cass. 24 luglio 2014, n. 16848, in *Corr. Trib.*, 2014, p. 37. Autorevole dottrina nota come tal pronuncia si ponga “in ipotetica radicale rotta di collisione con la legislazione e giurisprudenza internazionale più recente (e vincolante)”; così A. MARCHESELLI, *Motivazioni tributarie e un “morto che cammina”: il doppio binario sanzionatorio tributario*, in *Corr. Trib.*, 2014, p. 2886.

responsabilità del rappresentante di una persona giuridica per le violazioni commesse nell'interesse dell'ente, in rapporto con la pregressa condanna penale, ritiene che “il soggetto, qualificato o meno come rappresentante della società, può rispondere a titolo di solidarietà (art. 98 d.p.r. n. 602/1973) delle sanzioni amministrative tributarie irrogate alla società senza che a ciò osti la sua condanna penale per i reati corrispondenti”.

3. *La Sentenza CEDU A. e B. vs Norvegia, dopo le premesse del giudice di legittimità italiano e i primi tentativi di chiarimento della corte costituzionale*

La Corte EDU, nella composizione in Grande Camera, quindi con la massima autorevolezza consentitale, ha affermato di recente¹³ che non viola il *ne bis in idem* convenzionale la celebrazione di un processo penale, e l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa (nella specie pari al 30% dell'imposta evasa), purché sussista tra i due procedimenti una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”.

La decisione impone una ulteriore riflessione meditata sulla compatibilità del doppio binario sanzionatorio sia con il diritto convenzionale contenuto nella CEDU sia con il sistema unionale.

La questione infatti non è più risolvibile solo alla luce della giurisprudenza precedente, consistente nella sola nota pronuncia della Corte EDU in materia di art. 4 prot. 7 CEDU¹⁴, e in particolare da *Grande Stevens c. Italia*, del 2014¹⁵.

¹³ Sent. CEDU, *A. e B. c. Norvegia*, 15 novembre 2016, ricorsi riuniti n. 24130/11 e n. 29758/11), vedila in www.curia.eu,

¹⁴ Si legga in tema S. ALLEGREZZA, *Sub Art. 4, Prot. 7*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, a cura di, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 898 ss.

¹⁵ Per un esame nel dettaglio della vicenda giudiziaria cfr. T. TRINCHEA - G. SASSAROLI - F. MODUGNO, *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso FLAT*, in *Dir. Pen. Cont.*, 24 settembre 2013; A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, ivi, 9 marzo 2014. Molti gli scritti che commentano la decisione citata: A. GIOVANNINI, L. MURCIANO, *Il principio del “ne bis in idem” sostanziale impedisce la doppia sanzione per la medesima condotta*, in *Corr. Trib.*, 2014, 20, pp. 1548 ss.; G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio*

Va precisato come nelle considerazioni preliminari, la Corte abbia rilevato immediatamente la mancata ratifica dell'art. 4 del Protocollo 7 da parte di alcuni Stati contraenti (Paesi Bassi, Regno Unito, Germania, Turchia) nonché la formulazione di riserve interpretative da parte di altri (Portogallo, Austria, Francia e Italia, la cui riserva è stata tuttavia giudicata inammissibile¹⁶, quasi a voler sottolineare come il principio del *ne bis in idem* non trovi ad oggi pacifico accoglimento in ambito europeo.

binario o binario morto?, Relazione all'incontro di studio organizzato dall'ABI sulla sentenza Grande Stevens, pubblicato in *Rivista delle società*, 5/2014, 5, pp. 953 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella CEDU*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 1196 ss.; I. CARACCIOLI, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l'inevitabile approdo al principio del ne bis in idem*, in *Il fisco*, 2014, 24, pp. 2374 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei Diritti Umani fondamentali*, in *Diritto Penale e Processo*, 5/2014, 5, pp. 614 e ss.; C. CONTI, *Condannata l'Italia per violazione del principio ne bis in idem*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, 5, pp. 610 ss.; A. MASCIÀ, *Osservatorio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Corr. giur.*, 2014, 5, pp. 707 ss.; M. CASTELLANETA, *Caso Grande Stevens: si applica il «ne bis in idem» se la sanzione amministrativa equivale a una penale*, in *Guida dir.*, 2014, 14, pp. 82 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e «doppio binario» sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza «Grande Stevens» nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 giugno 2014. In particolare per quanto riguarda la materia tributaria si leggano E. BOFFETTI, *Principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: considerazioni sul doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2014, pp. 1089 ss.; M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 1, 1; M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5 giugno 2014; G.M. FLICK, *Reati fiscali e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Dir. Pen. Cont.*, 14 settembre 2014; si legga la giurisprudenza connessa Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, ric. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 188669/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Rass. trib.*, 2014, p. 115, con nota di A. GIOVANNINI, *Il ne bis in idem per la Corte EDU e il sistema sanzionatorio tributario domestico*.

¹⁶ L'art. 57 CEDU dispone che: «1. Ogni Stato, al momento della firma della presente Convenzione o del deposito del suo strumento di ratifica, può formulare una riserva riguardo a una determinata disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione. Le riserve di carattere generale non sono autorizzate ai sensi del presente articolo. 2. Ogni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta una breve esposizione della legge in questione.» Sul punto, ai par. 207-210, «La Corte rammenta che, per essere valida, una riserva deve presentare i seguenti requisiti: 1) deve essere fatta al momento in cui la Convenzione o i suoi Protocolli vengono firmati o ratificati; 2) deve riguardare leggi ben precise in vigore all'epoca della ratifica; 3) non deve essere di carattere generale; 4) deve contenere una breve esposizione della

Proprio qualche mese prima, anche su questo punto, la Corte di cassazione italiana aveva infatti fornito un importante contributo al dibattito, complesso e delicato, con una ormai nota ordinanza di rimessione della questione alla Corte UE¹⁷.

L'ordinanza – robustamente motivata – esaminava a fondo la questione del *ne bis in idem* con riferimento alle sanzioni penali e amministrative, disponendo alla fine il rinvio degli atti alla Corte e formulando la seguente qui schematizzata questione pregiudiziale di interpretazione del diritto dell'Unione:

a) se la previsione dell'art. 50 CDFUE (la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU (Carta Europea dei diritti dell'Uomo), della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della normativa nazionale, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile;

legge interessata [...]. La Corte ha avuto modo di precisare che l'art. 57 § 1 della Convenzione esige da parte degli Stati contraenti «precisione e chiarezza», e che, chiedendo loro di presentare una breve esposizione della legge in questione, tale disposizione non enuncia un «semplice requisito formale» ma stabilisce una «condizione sostanziale» che costituisce «un elemento di prova e, allo stesso tempo, un fattore di sicurezza giuridica» [...]. Per «riserva di carattere generale», l'art. 57 intende in particolare una riserva redatta in termini troppo vaghi o ampi per poterne valutare con precisione il senso e il campo di applicazione. Il testo della dichiarazione deve permettere di valutare esattamente la portata dell'impegno dello Stato contraente, in particolare per quanto riguarda le categorie di controversie previste, e non deve prestarsi a diverse interpretazioni [...]. Nel caso di specie, la Corte rileva che la riserva in questione non contiene una «breve esposizione» della legge o delle leggi asseritamente incompatibili con l'art. 4 del Protocollo n. 7. Dal testo della riserva si può dedurre che l'Italia ha inteso escludere dal campo di applicazione di tale disposizione tutti gli illeciti e le procedure che non sono qualificati come «penali» dalla legge italiana. Ciò non toglie che una riserva che non invoca né indica le disposizioni specifiche dell'ordinamento giuridico italiano che escludono alcuni illeciti o alcune procedure dal campo di applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 non offra sufficienti garanzie che non andrà oltre le disposizioni esplicitamente escluse dallo Stato contraente».

¹⁷ Si tratta di Corte.Cass. sez. V, ord. interlocutoria 10 ottobre 2016 n. 20675, online su www.cortecassazione.it

b) se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi unionali in relazione al principio del “ne bis in idem”, in base all’ art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell’art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e della normativa nazionale.

La seconda questione pare prossima a soluzione definitiva, in quanto può ritenersi che essendo accordo internazionale reso esecutivo in Italia con legge ordinaria, la Convenzione europea possieda il rango delle norme di legge ordinaria.

Poiché però essa è ricompresa tra le fonti cui oggi si riferisce l’art. 117, 1° comma Cost., le sue norme devono essere considerate interposte fra la Costituzione e le leggi ordinarie alla stregua di fonti di rango intermedio. Ne consegue che il contrasto di una norma interna di rango ordinario con disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo viene assorbito tra le competenze della Corte costituzionale¹⁸.

Tal conflitto non può quindi essere risolto ad opera dei giudici comuni che sono chiamati ad interpretare il diritto interno in conformità con la Convenzione; essi non fruiscono del potere di disapplicare le norme interne con essa contrastanti. Nel giudizio di legittimità costituzionale la disposizione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo integra il parametro del giudizio di costituzionalità della norma interna rappresentato dall’art. 117, 1° comma, Cost.

In quanto norme interposte le disposizioni della Convenzione europea non acquistano rango costituzionale, ma sono soggette esse stesse a sindacato di costituzionalità, che ne assicuri la compatibilità con la Costituzione italiana. Tale compatibilità è un’esigenza assoluta e inderogabile e deve essere valutata rispetto a tutte le norme costituzionali.

¹⁸ Come rilevato da E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in RDI, 2008, pp. 138 ss., questo è uno degli aspetti sui quali le sentenze 348 e 349 non appaiono del tutto coincidenti. Secondo la prima, la competenza della Corte costituzionale sarebbe esclusiva (punto 4.3 e 5 del considerato in diritto), mentre alla stregua della seconda, interverrebbe qualora i giudici comuni ai quali «spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale» non siano addivenuti ad una composizione del conflitto in via interpretativa (punto 6.2 del considerato in diritto).

In entrambe le note pronunce c.d. “gemelle” di oltre un decennio fa, mai successivamente smentite, la Corte costituzionale ha infatti sottolineato che oggetto della valutazione dei giudici comuni, così come dell’eventuale giudizio di legittimità costituzionale, sono non le disposizioni della Convenzione europea in quanto tali, ma nell’interpretazione che ne dà la Corte europea dei diritti umani, la cui funzione interpretativa eminente è stata accettata dagli Stati contraenti¹⁹.

D'altronde, il mancato rispetto di una norma Cedu viene richiamato — dai giudici o dalla Corte — a suffragio di un parametro costituzionale sin dal 1961²⁰; la Cedu risulta quindi come norma interposta la cui violazione da parte del legislatore o dell’interprete nazionale potrebbe costituire violazione dell'art. 10, comma 2 Cost.

In ogni caso, l’applicazione diretta dell’art. 50 CDFUE, secondo il quale «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una

¹⁹ Si vedano in argomento A. BULTRINI, *Le sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?* in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2008, pp. 171 e 174; C. NAPOLI, *La nuova collocazione della Cedu nel sistema delle fonti e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, pp. 137 ss.; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Giur. Cost.*, 2007, pp. 3525 ss., secondo il quale queste pronunce sono mera prima fase di un processo evolutivo diretto a meglio integrare tra di loro i sistemi; C. SALAZAR, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: «affinità elettive» o «relazioni pericolose»?*, in C. SALAZAR - A. SPADARO, *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009, pp. 66 ss., S. M. CICONETTI, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *Giur. Cost.*, 2008, pp. 565 ss.; L. MONTANARI, *La difficile definizione dei rapporti con la Cedu alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2008, pp. 212 ss.; S. PENASA, *Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutici e possibili applicazioni future*, in www.forumcostituzionale.it; F. DONATI, *La Cedu nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in www.osservatoriosullefonti.it. In relazione alle «rivendicazioni di competenza» fra giudici e Corte costituzionale, M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. BASSANINI- G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, p. 112, ove si afferma che le modalità di tutela dei diritti previste dall'art. 6 TUE aumenteranno presumibilmente le competenze dei giudici nazionali nell'interpretazione e diminuiranno quelle della Corte costituzionale.

²⁰ Corte cost., nn. 1/1961, 98/1965, 18/1966, 90/1968, come richiamate in Corte cost., n. 120/1967; vedila su www.cortecostituzionale.it

sentenza penale definitiva conformemente alla legge» anche sotto forma di disapplicazione dell'art. 13 D.Lgs. n. 471 del 1997, sarebbe congenitamente insufficiente, in quanto limitata al campo di applicazione del diritto dell'Unione, quindi ai tributi armonizzati.

Si rileva, infatti, che secondo giurisprudenza consolidata²¹, il giudice nazionale, quale primo garante dell'applicazione della CEDU così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, è tenuto, in primo luogo, ad interpretare le norme interne in conformità alla Convenzione e, in secondo luogo, qualora ciò non sia possibile, a sollevare una questione di legittimità costituzionale, non potendo direttamente disapplicare le norme interne in contrasto con la CEDU²².

Anche la diretta applicazione art. 4 prot. 7 CEDU non risulta in concreto praticabile: essa è esclusa in radice dalla giurisprudenza costituzionale che da sempre non consente ai giudici di merito la diretta applicazione della CEDU, così come interpretata dalla Corte europea, per di più in una materia già regolata dalla legislazione interna.

Infatti²³, “nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Beninteso, l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da

²¹ Si ricordano a tal proposito nuovamente le sentenze “gemelle” della Corte costituzionale italiana nn. 347 e 348 del 2007 di cui alla nota n. 16.

²² Si segnala, sul punto, la recente Trib. Monza, 30 giugno 2016, Giud. Cavallini, imp. C. S., con la quale il giudice ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, “nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi Protocolli”. Il processo riguardava il titolare di una ditta individuale, imputato del reato di cui all'art. 5 d.lgs. 74 del 2000 per non aver presentato la dichiarazione annuale riguardante le imposte sui redditi e sul valore aggiunto, relativamente all'anno d'imposta 2008. In danno di questi, erano già state irrogate, per la medesima annualità e per le medesime imposte, sanzioni amministrative definitive, pari al 120% dei tributi non corrisposti.

²³ Così Corte cost., sent. n. 311 del 26 novembre 2009, par. 6 del considerato in diritto, vedila su www.cortecostituzionale.it.

rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea»²⁴

Invece, la prima questione, ben delineata con chiarezza argomentativa dall'ordinanza della Corte di cassazione sopra richiamata, ha inquadrato proprio la problematica che la sentenza CEDU di cui appresso si tratta affronta e risolve, in parte manifestando ripensamenti non di poco conto sull'applicazione del principio proclamato nel caso Grande Stevens.

Con chiarezza, l'estensore dell'ordinanza prende atto – in un passaggio della motivazione talmente puntuale da meritare estesa integrale citazione – di come “in tale contesto rileva questa Suprema Corte, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, che la mancata previsione nell'ordinamento nazionale dell'allargamento del principio “ne bis in idem” anche ai rapporti tra sanzione penale e amministrativa di natura penale appare non conforme ai principi unionali, non ritenendosi più ammissibile, in base ai principi sovranazionali la previsione del doppio binario e, quindi della cumulabilità tra sanzione penale e amministrativa, applicata in processi diversi, qualora quest'ultima abbia natura di sanzione penale. Si ritiene, quindi, che la celebrazione e la definizione del presente procedimento amministrativo possano rappresentare una violazione del divieto di bis in idem sancito dall'art. 50 CDFUE (“Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”) in forza della pronuncia della Corte Europea: a) Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 26/2/2013 nella causa C - 617/10, Aklagaren c. Hans Akelberg Fransson, secondo cui una combinazione di sanzioni amministrative e penali per le medesime violazioni in materia di obblighi dichiarativi sarebbe astrattamente compatibile con il principio del ne bis in idem sancito dall'art. 4 del protocollo 7 CEDU e dal citato art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, salvo che la sanzione amministrativa non debba essere in

²⁴ Per omologhi riferimenti alla giurisprudenza di legittimità e CEDU vedasi tra gli altri Cass. 20 maggio 2009, n. 10415; Corte eur. dir. uomo 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia, ric. n. 22644/03

concreto ritenuta di natura penale all'esito della valutazione rimessa al giudice nazionale"²⁵.

Conseguentemente, portando alle conclusioni tali premesse, deve a questo punto concludersi che il diritto interno non può tollerare la duplicazione di sanzioni in parola, ove nella sostanza entrambe abbiano natura penale; cosa questa ultima il cui accertamento è sottoposto al vaglio del giudice nazionale di fronte al quale pende il processo.

In questo contesto interviene nuovamente la CEDU, con la sentenza *A & B vs Norvegia*.

4. *I fatti del processo nel caso A. e B. vs Norvegia: argomentazioni di partenza e conclusioni della CEDU*

Ritengo necessario esaminare i fatti di causa, poiché l'evoluzione procedimentale e processuale assume evidente centralità nella disamina delle conseguenze giuridiche da trarsi; significativamente premetto che la stessa Corte EDU definisce con efficace sintesi quanto patito dai ricorrenti una "*nighmere experience*" (espressione talmente chiara da non necessitare di traduzione).

Il primo ricorrente, il signor A, viene arrestato nel 2007 per non avere dichiarato all'Erario redditi da plusvalenze finanziarie che dovevano assoggettarsi a imposizione; questi sostanzialmente

²⁵ *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, CGUE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10. La sentenza è ampiamente commentata in dottrina, principalmente dagli studiosi di diritto penale, ma si ritrovano anche contributi che applicano quanto stabilito dalla Corte al diritto sanzionatorio (anche penale, quindi) tributario. Si vedano G. DI FEDERICO, *La possibilità di cumulare sanzioni penali e fiscali ai sensi dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rass. Trib.*, 2013, 5, pp. 1185 ss.; A. FEDERICO, F. STELLA, *Il principio del "ne bis in idem" e la regola della specialità nell'apparato sanzionatorio tributario*, in *Il fisco*, 2013, 14, pp. 2161 ss., secondo il quale "*al di là della qualificazione giuridica puramente amministrativa dell'illecito, le sanzioni saranno comminate per lo stesso, illecito, fatto materiale e avranno comunque, seppure in misura minore, una natura afflittiva*"; D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in www.penalecontemporaneo.it; sui profili penal – tributari si leggano I. CARACCIOLI, *Salvato a metà dai giudici europei il doppio binario tributario-penale*, in *Corr. Trib.*, 2013, 13, pp. 1029 ss.; e anche R. CONTI, *Principio del ne bis in idem*, in *Il Corr. Giur.*, 2013, 4, pp. 565 ss.; P. CORSO, *Comminare sanzioni diverse per il medesimo illecito tributario non è in contrasto con la Carta dell'Unione europea*, in *GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 2013, 6, pp. 471 ss.

ammette i fatti, senza peraltro confessare la propria penale responsabilità.

Nell'ottobre 2008 viene esercitata l'azione penale nei suoi confronti, e nel novembre 2008, l'amministrazione finanziaria gli irroga una sanzione pari al 30% dell'importo non dichiarato. Questi versa l'intero importo dovuto prima della scadenza del termine per impugnare la sanzione, prestando quindi acquiescenza al procedimento amministrativo.

Nel marzo 2009 il medesimo viene condannato dal giudice penale alla pena di un anno di reclusione nella dosimetria della pena il tribunale dichiara in motivazione della sentenza di aver tenuto in debito conto della sanzione tributaria già subita dal reo, dando atto dell'importo versata all'Erario per tal titolo e ragione. L'imputato impugna la sentenza in questione, anche contestando di essere stato perseguito e punito due volte per lo stesso fatto, in violazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU. Del tutto simile la vicenda relativa al secondo ricorrente, il signor B: l'amministrazione finanziaria gli contesta nell'ottobre 2008 di non aver dichiarato profitti derivanti da transazioni estere per un importo di circa 500.000 euro, e gli applica una sovrattassa del 30% rispetto all'importo evaso. Anche in questo caso il signor B paga gli importi dovuti e il procedimento amministrativo nei suoi confronti diviene definitivo nel dicembre 2008. Nel frattempo, nel novembre 2008 viene promossa l'azione penale nei suoi confronti. Nel settembre 2009 il tribunale penale lo condanna alla pena di un anno di reclusione, tenendo conto anche in questo caso, come sopra illustrato quanto all'altro imputato, nella determinazione della pena della sanzione già inflittagli dall'amministrazione finanziaria che questi ha puntualmente versato.

Sia A che B ricorrono, dunque, alla Corte EDU lamentando la violazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU. La camera della prima sezione alla quale il caso era stato originariamente assegnato, ritenuta la particolare rilevanza delle questioni sollevate dalle parti, rimette nel 2015 il caso alla Grande Camera, a fronte della quale si costituiscono ben sei governi a sostegno della posizione dello Stato resistente.

L'imponente sentenza (che consta in oltre 100 pagine di motivazione) prende le mosse dal principio secondo il quale i criteri c.d. *Engel* debbono riaffermarsi e applicarsi anche in relazione

al diritto al *ne bis in idem*, in omaggio a esigenze di interpretazione sistematica della Convenzione intesa come un corpo unitario.

Tali criteri enucleati sono stati da tempo individuati dalla Corte EDU²⁶ e consentono di qualificare un'accusa come penale ove esistano tre diversi fattori, anche non congiuntamente tra loro, bastando la sussistenza anche di uno solo di questi per concludere affermativamente in ordine alla qualificazione in esame:

1) individuazione data dal sistema giuridico dello Stato convenuto all'illecito contestato. Tale indicazione tuttavia ha solo un valore formale e relativo poiché la Corte deve supervisionare sulla correttezza di tale qualificazione alla luce degli altri fattori indicativi del carattere "penale" dell'accusa.

2) natura sostanziale dell'illecito commesso e in particolare se la misura sanzionatoria ha finalità repressiva oppure finalità risarcitoria e ripristinatoria.

3) grado di severità della pena.

La giurisprudenza interna, alla luce di quanto sopra, non dovrebbe quindi perseverare nell'effettuare un confronto tra fattispecie astratte amministrative e penali che si applicano ad una medesima condotta, ma

²⁶ Tali criteri enunciati per la prima volta nella decisione Corte EDU Engel C. Paesi Bassi sono stati ulteriormente approfonditi nella decisione Corte EDU, 21 febbraio 1984, Oztu" rk c. Repubblica Federale Tedesca, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1985, p. 894 con nota di C. E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" e una svolta radicale, pp. 894 ss. Problemi di non poco momento possono scaturire dal fatto che – come si dice meglio nel testo – la Corte di giustizia ha accolto, con la sentenza 26.2.2013, Åklaren c. Åkeberg Fransson, C-617/10, un'interpretazione dell'art. 50 della Carta, nella parte in cui riconosce il *ne bis in idem* interno, parzialmente diversa da quella effettuata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 4, prot. n. 7. Se, da un lato, per accertare la natura penale delle sanzioni fiscali, i giudici euro-unitari fanno riferimento ai criteri elaborati nella sentenza Engel dalla Corte europea, dall'altro lato essi sembrano in parte discostarsene con l'affermazione contenuta nel par. 36, secondo cui «spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive». Si veda in tema N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 907 ss

dovrebbe concentrare la propria analisi, attraverso un confronto tra i fatti concretamente ascritti agli imputati e l'applicazione dei suddetti tre criteri Engel, se il regime del doppio binario sanzionatorio non nasconda una doppia sanzione penale con conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*.

Vi è qui da rilevare che segni di netta apertura della nostra giurisprudenza ai principi CEDU si sono intravisti soprattutto tra i giudici di merito chiamati a giudicare controversie in materia di applicazione delle sanzioni penali tributari²⁷. Ciò è peraltro coerente con una giurisprudenza consolidata in cui le sanzioni in materia penale sono quelle misure che non hanno finalità risarcitoria o ripristinatoria.

Quindi, fermo restando quanto oltre dirò, che costituisce in parte rivalutazione della situazione da parte della Corte, la pronuncia in

²⁷ Si ricordano, a tal proposito: la pronuncia del Trib. Torino, Sez. V, ord. 24 ottobre 2014, con la quale è stata sollevata una pregiudiziale ex 267 TFUE alla Corte di giustizia dell'UE con riferimento alla conformità dell'art. 10 bis del D.Lgs. n. 74/2000 (il quale consente di procedere alla valutazione della responsabilità penale di un soggetto che, per lo stesso fatto, sia già stato sottoposto a una sanzione amministrativa irrevocabile ai sensi dell'art. 13, D.Lgs. n. 471/1997) al principio del *ne bis in idem*, come interpretato dalla Corte dell'UE e dalla Corte EDU; la pronuncia del Trib. Bologna, Sez. pen. I, ord. 21 aprile 2015, che, con riferimento alle stesse suddette norme tributarie, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale sostenendo che la sanzione tributaria non penale per omesso versamento IVA abbia natura sostanzialmente penale per il suo scopo in concreto esclusivamente punitivo; la pronuncia del Trib. Asti, sentenza 7 maggio 2015, che ha ritenuto di poter disapplicare l'art. 649 c.p.c. attraverso un'interpretazione convenzionalmente conforme, in riferimento a quelle sanzioni amministrative assumono natura penale; la decisione Trib. Brindisi, sentenza 17 ottobre 2014, con la quale si è deciso il non luogo a procedere per improcedibilità dell'azione penale per *ne bis in idem*, nei confronti di un soggetto già definitivamente condannato in un procedimento qualificato come disciplinare, ma invero da ritenersi avente natura penale attraverso un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p. La giurisprudenza di Cassazione, al contrario, non appare allo stesso modo incline ad applicare i principi CEDU alle controversie nazionali: si veda, ad esempio, Cass., Sez. III, sentenza n. 20266/2014, Zanchi, nella quale, con riferimento al settore tributario, i Giudici di legittimità hanno perseverato nell'affermare che il reato e l'illecito amministrativo di omesso versamento IVA si pongono in un rapporto di progressione illecita e non di specialità, effettuando un confronto tra fattispecie astratte e concludendo per l'applicazione congiunta dei due tipi di sanzioni.

esame mantiene fermi e chiari alcuni punti della giurisprudenza pregressa:

- A) l'art. 4 CEDU prot. 7 prevede che «*for the same offence no one should be 1) liable to be tried, 2) tried, or 3) punished*» (par. 110)
- B) come sancito dalla CEDU nel caso *Zolotukhine*²⁸ è necessario che «*the proceedings have not in reality been duplicated but rather been combined in an integrated manner so as to form a coherent whole*»
- C) non può essere sindacata la scelta del sistema di diritto interno di trattare separatamente nel processo penale la condotta più grave (il c.d. «*more serious case*» (par. 123) anziché nel procedimento amministrativo tributario, a condizione che si formi «*a coherent whole*» e che non si verifichi un «*excessive burden for the individual concerned*» (par. 121).

Quindi, l'avvio di separati procedimenti, con la possibilità di vedere applicate sanzioni diverse, costituisce in realtà una circostanza prevedibile per il contribuente, il quale sa perfettamente sin dall'inizio – nei sistemi, come il nostro, in cui è possibile il “doppio binario” - che nei suoi confronti potrebbe essere esercitata (o che, quantomeno, che ve ne è la possibilità), sia l'azione penale che inflitta una sanzione tributaria amministrativa.

Va sottolineato come tal affermazione per esser consonante con il principio di cui sopra alla lett. a) («*for the same offence no one should be 1) liable to be tried*») deve esser contenuta in un sistema ove le due opzioni sanzionatorie in astratto previste, siano governate in concreto in modo tale da non sovrapporsi sul medesimo individuo gravandolo eccessivamente.

E per ottenere tal risultato, affinché il sistema sia legittimo (e, dunque, perché non possa ritenersi violato il “bis in idem”) è necessario che i procedimenti di irrogazione delle sanzioni, amministrativo e penale, si svolgano parallelamente e siano tra loro connessi; che i fatti accertati in un procedimento siano considerati nell'altro procedimento; infine, e soprattutto, è necessario che sia rispettato il criterio di proporzionalità relativamente alla sanzione complessivamente inflitta, ossia che la pena inflitta nel processo penale tenga conto della sanzione tributaria amministrativa (principio

²⁸ Corte EDU, Grande Camera, *Zolotoukhine c. Russia*, 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03.

questo che, sembrerebbe lecito aggiungere, vale anche nel caso opposto, ossia che la sanzione irrogata nel procedimento amministrativo tenga conto della sanzione penale precedentemente inflitta).

Dove la sentenza in esame innova è nel ritenere che ove i due procedimenti si siano svolti secondo un criterio di connessione sostanziale e temporale (“*a sufficiently close connection ... in substance and in time*”) secondo un principio già elaborato nella sentenza *Nilsson*²⁹ non vi sarebbe violazione del divieto di *bis in idem*.

Pertanto, sino alla pronuncia *Nilsson* la connessione sostanziale e temporale tra i due procedimenti, unita alla qualificazione della sanzione amministrativa quale diretta e prevedibile conseguenza, nella previa percezione del reo, dell’infrazione penale costituiscono elementi la cui presenza consenta di escludere ogni violazione del principio in esame.

Proprio in ordine a questo aspetto la sentenza A e B vs Norvegia costituisce importante – e discussa - innovazione nella giurisprudenza della Corte EDU.

In altre precedenti sentenze, la stessa Corte, pur prendendo in considerazione il criterio di connessione sostanziale e temporale, aveva rilevato l’autonomia sostanziale dei procedimenti, tributario e penale, incardinati a carico del medesimo soggetto, con conseguente accoglimento della doglianza da quest’ultimo sollevata in relazione al divieto del *bis in idem*; e ciò, si noti, nonostante la Corte avesse

²⁹ Corte CEDU, Seconda Sezione, *Nilsson c. Svezia*, ricorso n. 73661/01, 13 dicembre 2005. In tale ultima pronuncia, la Corte aveva ritenuto manifestamente infondata, e quindi inammissibile, la doglianza di violazione del principio del *bis in idem* sollevata da un cittadino svedese punito per il reato di guida in stato di ebbrezza con il ritiro della patente di guida (sanzione amministrativa) e con la condanna a 50 ore di lavori socialmente utili (sanzione penale). Dalle motivazioni della sentenza *Nilsson c. Svezia* emerge come, ad avviso dei Giudici di Strasburgo, la sanzione amministrativa, sia pure irrogata in concreto da un’autorità diversa da quella penale e con procedimento separato, era comunque da ricomprendere nel complessivo sistema sanzionatorio previsto dalla legislazione svedese per punire il reato de quo, con la conseguenza che nella fattispecie non era ravvisabile un’illecita duplicazione di procedimenti o di condanne. E ciò in ragione sia della connessione sostanziale e temporale tra i due procedimenti che tali sanzioni giungevano a poter applicare, sia della qualificazione della sanzione amministrativa quale diretta e prevedibile conseguenza dell’infrazione penale.

espressamente rilevato che le due sanzioni (tributaria e penale) fossero da considerarsi tra loro connesse e finalizzate alla repressione dell'illecito di evasione fiscale³⁰

Sin a ora, per escludere che la connessione tra i due procedimenti fosse tale da ricondurli ad un sistema sanzionatorio unitario, i Giudici di Strasburgo avevano valorizzato, *inter alia*, le seguenti circostanze:

(i) il procedimento tributario e quello penale erano stati condotti da autorità differenti,

(ii) tali procedimenti erano pervenuti in via del tutto indipendente a determinare la misura delle rispettive sanzioni e, soprattutto,

(iii) la valutazione del comportamento del contribuente e della sua conseguente assoggettabilità alla sanzione tributaria era stata effettuata sulla base della specifica normativa dettata ai fini fiscali, indipendentemente dagli accertamenti compiuti nell'ambito del procedimento penale.

Tale ultimo elemento aveva dunque assunto valore dirimente al fine di escludere la rilevanza (esimente) del criterio di connessione sostanziale e temporale elaborato nel caso *Nilsson*, dove invece la sanzione amministrativa (ritiro della patente) rappresentava una diretta conseguenza della contestazione ai fini penali del reato di guida in stato di ebbrezza, senza che all'autorità amministrativa fosse demandata un'autonoma potestà accertatrice³¹.

I Giudici di Strasburgo valorizzano quindi per la prima volta, attribuendogli un peso sostanzialmente prevalente, proprio il succitato criterio di connessione sostanziale e temporale tra il procedimento amministrativo e il procedimento tributario. Esso diventa quale strumento fondamentale per verificare l'eventuale violazione del

³⁰ Corte EDU, Quinta Sezione, *Rinas c. Finlandia*, 27 aprile 2015, ricorso n. 17039/13; Corte EDU, Quarta Sezione, *Osterlund c. Finlandia*, 10 febbraio 2015, ricorso n. 53197/13; Corte EDU, Quinta Sezione, *Lucky Dev. c. Svezia*, 27 novembre 2014, ricorso n. 7356/2010; Corte EDU, Quarta Sezione, *Nykanen c. Finlandia*, 20 maggio 2014, ricorso n. 11828/11; Corte EDU, Quarta Sezione *Glantz c. Finlandia*, 20 maggio 2014, ricorso n. 37394/11.

³¹ Corte EDU, *Glantz c. Finlandia* cit., p. 62; Corte EDU, *Nykanen c. Finlandia* cit., p. 51; Corte EDU, *Rinas c. Finlandia* cit., p. 54). Per un ulteriore approfondimento sul tema, si veda J. IKONEN, *Application of ne bis in idem principle in Finnish courts*, in *Internationallawoffice.com*, 6 settembre 2011; O. ZETTERQUIST, *Ne bis in idem and the European legal tsunami of 2013: a vision from the bench*, in *Human Rights in contemporary European law, Swedish studies in European law*, vol. 6, 2015.

principio del *ne bis in idem* che da qui in poi sarà esaminato per mezzo di quello che proprio la sentenza in commento identifica come “*Nilsson test*”. Esso si compone dei seguenti elementi:

- (i) diversa e complementare finalità perseguita dalla sanzione amministrativa rispetto a quella penale (la prima ha natura dissuasiva e deterrente; la seconda assolve ad una funzione propriamente punitiva);
- (ii) svolgimento coordinato dei due procedimenti, amministrativo e penale così da evitare, in particolare, la duplicazione dell’attività istruttoria diretta alla raccolta delle prove, solitamente disciplinata da regole diverse tra i due sistemi;
- (iii) prevedibilità, in fatto e in diritto, dell’applicazione di una condanna cumulativa a fronte della medesima condotta illecita;
- (iv) applicazione delle sanzioni in modo che, nella determinazione di quella successiva, venga tenuta in considerazione l’entità di quella irrogata per prima.

Qualora sussistano le condizioni suindicate, e sia quindi ravvisabile una connessione sufficientemente stretta da un punto di vista sostanziale e cronologico tra i due procedimenti, quello tributario e quello penale, essi devono in realtà essere ricondotti e qualificati come un unico procedimento sostanziale, di talché non risulta ravvisabile alcuna illecita duplicazione di perseguimenti o di condanne ai sensi dell’art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU.

Sulla base del criterio di connessione sostanziale e temporale, la Corte ha dunque ritenuto che, nella causa *A e B c. Norvegia*, i procedimenti sanzionatori azionati a carico dei Ricorrenti, sebbene formalmente frazionati in due fasi distinte, fossero in realtà integrati e complementari, così da costituire un unitario sistema sanzionatorio.

5. *La dissenting opinion del giudice Pinto de Albuquerque quale prima conclusione critica*

È davvero significativo che la sentenza *A & B vs Norvegia*, nella sua corposa motivazione, sia in parte contraddetta da altrettanto voluminosa e non meno interessante (anzi per alcuni profili più convincente) *dissenting opinion* firmata dal giudice Paulo Pinto de Albuquerque, che esamina compiutamente partendo dal diritto romano il principio oggetto di queste righe, giungendo a conclusioni difformi rispetto ai suoi colleghi che hanno comporto la *majority opinion*.

Secondo il giudice Pinto questa pronuncia finisce per stravolgere l'eredità garantistica importante addotta dalla sentenza Zolotukhine, attraverso la valorizzazione del criterio della "connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta" tra i due procedimenti.

Si tratta di un criterio non presente nella precedente giurisprudenza della Corte, nota il dissenziente, la cui introduzione viene operata in questa decisione al fine di trovare un nuovo equilibrio nel sistema, assumendosi però la corte un rischio non piccolo: quello di ottenere non una mitigazione del principio di *ne bis in idem*, ma una sua applicazione rapsodica e quindi del tutto imprevedibile³².

Il giudice dissenziente boccia quindi tal nuovo parametro di giudizio come criterio vaghissimo e arbitrario («the sufficient connection in time criterion is arbitrary») costruito attorno a indicatori (e non a veri e propri requisiti) manipolabili *ad libitum* dall'interprete, come dimostrano secondo il giudice gli stessi precedenti nei quali la Corte aveva fatto riferimento al criterio medesimo (par. 42-46).

Il fatto che siano passati solo 6 mesi (per un imputato che non confessa) e 2 mesi e mezzo circa (per altro imputato che ha ammesso l'addebito) circa dalla definitività della sentenza tributaria all'inizio del procedimento penale non rende i procedimenti «sufficientemente connessi», e quindi non rende l'intera vicenda (amministrativa e penale) un «*integrated approach response*» (par. 39).

Non solo. Anche gli elementi testuali dell'art. 4 prot. 7 sono ritenuti oggetto di interpretazione eccessivamente libera e disgiunta dal testo; esso invero non distingue tra procedimenti «paralleli o consecutivi» e procedimenti «nuovi»; qualsiasi duplicazione è qualificata dal testo come violazione della disposizione CEDU.

Ancora: la «*majority opinion*» non motiva sul fatto che altri imputati, nel caso portato all'esame dei giudici norvegesi, sono stati colpiti solo da una delle due tipologie di sanzioni, con evidente violazione di qualsiasi criterio di giustizia sostanziale, trattandosi di casi eguali che andavano trattati in modo eguale.

³² Nella *dissenting opinion*, il giudice Pinto ricostruisce con grande completezza e profondità di analisi anche la storia del principio, davvero antico; per alcune indicazioni anche comparatistiche che qui non possono trovare approfondimento, rimando a A. DI MARTINO, *Intersezioni di legalità e "sanzioni" accessoria tra giurisprudenza nazionale, diritti umani, sistemi penali stranieri*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 193 ss..

Tale decisione delle autorità pubbliche non poteva inoltre - ab inizio – certo prevedersi da parte degli imputati (par. 59); è il risultato di una scelta discrezionale che non può ammettersi.

Conclusivamente, per il giudice dissenziente, «*ne bis in idem loses its pro persona character, subverted by the Court's strict pro auctoritate stance*» perché diviene non più una garanzia per l'individuo, ma uno strumento per evitare che il contribuente – imputato possa sfruttare il sistema per restare impunito.

“La Grande Camera in Zolotukhine” – così chiosa infinte questa ben argomentata *dissenting opinion* – “non sarebbe stata d'accordo a degradare il diritto individuale e inalienabile al *ne bis in idem* a un simile diritto fluido, angusto, in una parola illusorio».

6. *Il concetto di sufficiently close connection ... in substance and in time nelle argomentazioni barricare della Corte di Cassazione e nelle perplessità del giudice delle leggi*

La sentenza appena citata segna dunque un *revirement* della Corte EDU in materia di *ne bis in idem*, e come si è efficacemente scritto “la Corte di cassazione ha da subito approfittato dell'*overruling* portato dal caso *A. e B.* per operare una virata nel principio del *ne bis in idem* nella direzione sostanziale”³³. In particolare, la valorizzazione della diversa funzione perseguita dalla sanzione tributaria rispetto a quella fiscale, pare rimettere in discussione, nella sostanza, uno dei profili più rilevanti nell'interpretazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, rappresentato dall'individuazione dell'unica fattispecie (*i.e.* dell'*idem*) in relazione alla quale deve essere verificata l'eventuale duplicazione dei procedimenti afflittivi.

Nondimeno, la possibilità di rilevare una sufficientemente stretta, sul piano temporale, connessione tra i due procedimenti, proprio in applicazione del caso *A. e B.*, al fine di escludere la sussistenza del *bis in idem*, tale che le due sanzioni siano parte di un unico sistema viene immediatamente colta dalla Corte di cassazione come vero grimaldello atto a consentire comunque l'introduzione e in mantenimento delle due sanzioni nel sistema.

³³ A. PROCACCINO, *Ne bis in idem: un principio in evoluzione – assestamenti e osmosi nazionali*, in *Giur. It.*, 2019, 6, p. 1457 (commento alla normativa).

Con una pronuncia articolatamente motivata³⁴ che si è occupata di un caso in cui gli avvisi di accertamento di violazioni tributarie e di irrogazione delle relative sanzioni erano stati notificati all'imputato pochi mesi prima dell'inizio del procedimento penale per reati tributari relativi ai medesimi fatti, la Corte si concentra esclusivamente sullo sviluppo temporale dei due procedimenti, rilevando una stretta connessione dovuta alla complessiva contemporaneità del loro svolgersi, per poi concludere che "deve ritenersi una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" tra i due procedimenti sanzionatori". Spingendosi sino alla traduzione letterale del lemma della Corte EDU, il giudice di legittimità pone al centro del sistema la vicinanza sul piano sostanziale oltre che cronologico, tra l'accertamento in sede tributaria ed il procedimento penale, e rilevatane la contiguità, ha dunque escluso la violazione del *ne bis in idem*.

Ne è seguito un florilegio di prese di posizione delle Corti apicali italiane, che da un lato indicano dal punto di vista formale un vero e proprio immediato feedback nazionale agli adeguamenti europei del *ne bis in idem*, d'altro canto mostrano nella sostanza un approccio non scevro da intenti di resistere anche con le barricate concettuali all'ingresso del principio del *ne bis in idem*.

La stessa posizione del giudice della Costituzione è improntata a una decisa cautela; nella sentenza n. 43/2018³⁵ ha rilevato, con espresso riferimento alla citata pronuncia sul caso *A. e B.*, "il mutamento del significato della normativa interposta, sopravvenuto all'ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo, che esprime il diritto vivente europeo"³⁶.

Posizione più nettamente diretta a valorizzare la sostanza degli strumenti atti a conferire garanzie ha preso la più recente sentenza

³⁴ Cass. Sez. III, 22 settembre 2017, n. 6993, Servello, in *CED*, n. 272588.

³⁵ Corte cost., 24 gennaio 2018, n. 43, (in *Giur Cost.*, 2018, p. 510, con nota di S. TRIPODI e A. PEPE); la Corte, nell'ambito del doppio binario tributario, aveva disposto la restituzione degli atti al giudice *a quo* - per consentire a quest'ultimo una nuova valutazione circa la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale - posta la sopravvenienza della sentenza della Corte Edu, Grande camera nel caso *A e B c. Norvegia*.

³⁶ A. GAITO, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in *Arch. Pen.*, 2019, 1; C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. Pen.*, 2019, 1.

112/2019³⁷, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittima la confisca amministrativa dell'intero "prodotto" di operazioni finanziarie illecite e dei "beni utilizzati" per commetterle, anziché del solo "profitto" ricavato da queste operazioni, avendo valutato come queste particolari forme di confisca, combinate con le elevatissime sanzioni pecuniarie previste dal Testo unico della finanza, producono dei risultati punitivi tanto elevati da porsi in contrasto con il principio della necessaria proporzionalità della sanzione, che la Corte stessa ha ritenuto applicabile anche agli illeciti amministrativi di carattere "punitivo".

In estrema sintesi, dopo la sentenza A. e B., i procedimenti sanzionatori, penale ed amministrativo, possono coesistere qualora si ritenga tra loro una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" che li renda, sostanzialmente, quasi parte di unico sistema sanzionatorio "integrato".

Tale requisito pare accolto anche dalla giurisprudenza più recente Corte di Giustizia dell'Unione Europea: significative, a questo riguardo, le sentenze della Grande Sezione della CGUE del 20 marzo 2018 nelle cause Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate SA e altri contro Consob (C-537/16) e Di Puma contro Consob e Consob contro Zecca (nelle cause riunite C-596/16 e C-597/16).

Il nuovo criterio, ora, fa sì che il *ne bis in idem* convenzionale cessi di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento; è necessaria una valutazione del giudice in ordine al legame sussistente tra i procedimenti che accerti la presenza o meno della "close connection" tra gli stessi.

La Corte Costituzionale poi precisa, ancora nella pronuncia del 2018 già citata, come "neppure si può continuare a sostenere che il divieto di *bis in idem* convenzionale abbia carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata: se, pertanto, la prima sanzione fosse modesta, sarebbe in linea di massima consentito, in presenza del legame temporale, procedere nuovamente, al fine di giungere all'applicazione di una sanzione che, nella sua totalità, non risultasse sproporzionata, mentre nel caso

³⁷ Dinanzi alla Corte in questa occasione non era invero stato invocato alcun parametro normativo relativo alle preclusioni da *bis in idem*.

opposto il legame materiale dovrebbe ritenersi spezzato e il divieto di *bis in idem* pienamente operante”.

Si colloca in questo solco la pronuncia ultima della Corte di cassazione³⁸ secondo la quale risulta in concreto essenziale il ruolo preminente e decisivo che il giudice interno viene ad avere per valutare la lesione o meno del principio del divieto di *bis in idem*, in particolare per quanto riguarda la proporzione del complessivo trattamento sanzionatorio rispetto alla violazione commessa.

La pronuncia in oggetto riprende quindi il concetto di proporzionalità della Corte di Giustizia nelle sentenze *Garlsson e Menci*, e si sofferma sulla sentenza *Di Puma e Zecca*: in essa si è stabilito, infatti, che l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6, letto alla luce dell'articolo 50 della Carta, va interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati.

Infine, la sentenza ricorda come la nuova declinazione del *ne bis in idem* ha abbia avuto assai rapidamente applicazioni pratiche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione³⁹.

Secondo questo gruppo di pronunce, l'accertamento dell'incompatibilità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato rispetto alla garanzia del *ne bis in idem* comporta, nel caso di sanzione amministrativa già divenuta irrevocabile, esclusivamente la rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione *in mitius* della norma che commina dette sanzioni non già in toto, ma solo nel minimo edittale e con il limite insuperabile, quanto alla reclusione, dettato dall'art. 23 c.p.

³⁸ Cass. Pen., sez. V, n. 39999 del 2019.

³⁹ Si tratta di Sez. 5, n. 49869 del 21/9/2018, Chiarion, Rv. 274604; Sez. 5, n. 45829 del 16/7/2018, Franconi, Rv. 274179; Sez. 5, n. 5679 del 19/11/2019, Erbetta, Rv. 275314, che giungono a condividere ed adottare gli approdi delle sentenze Corte EDU, Grande Chambre, A e B contro Norvegia del 15/11/2016 e della Corte di Giustizia di Lussemburgo del marzo 2018 (in particolare, quelli delle pronunce *Menci* e *Garlsson Real Estate*).

È evidente come il terreno su cui il giudice è chiamato a muoversi sia quantomeno accidentato e franoso; un utile punto fermo, atto a evitare decisioni *secundum eventum*, è rappresentato dalla recentissima statuizione della Corte EDU 16 Aprile 2019, ric. n. 72098/14 Bjarni Armannsson contro Islanda.

Tal pronuncia si premura di stabilire, come linea guida da seguire per accertare se si sia verificata una violazione del divieto del *bis in idem*, l'esame delle circostanze di fatto del caso concreto.

Nel caso di specie, la Corte individua alcuni elementi chiave per giungere alla conclusione nel senso che vi è stata violazione dell'art. 4 del protocollo 7. Questi possono individuarsi come segue:

- 1) lo svolgimento del procedimento "amministrativo" (sostanzialmente penale) e di quello formalmente penale in due momenti temporali diversi, senza coincidenza degli stessi;
- 2) il fatto che le prove sia state autonomamente raccolte e valutate in ciascuno dei due procedimenti, cioè l'assenza di unitarietà di raccolta e valutazione della prova;
- 3) il fatto che nel procedimento penale non sia emerso in maniera chiara, per mancanza di motivazione specifica, se e in che misura l'applicazione della sanzione amministrativa abbia inciso sulla determinazione dell'ammontare della sanzione pecuniaria penale; in altri termini, le due sanzioni pecuniarie sono apparse slegate tra loro, rafforzando l'idea di una applicazione indipendente ed autonoma in ciascun procedimento, lasciando intendere che ciò crea problemi anche sotto il profilo della proporzionalità della risposta sanzionatoria.

Nel caso portato all'esame della Corte, l'arco temporale dell'intera vicenda processuale nel suo procedere in sede amministrativa e penale è stato di quattro anni e dieci mesi: i due procedimenti si sono svolti in parallelo solo per cinque mesi, da marzo ad agosto 2012. Dopo la chiusura definitiva del procedimento amministrativo, quello penale è proseguito ancora per un anno e cinque mesi.

Quanto alle modalità di sviluppo degli accertamenti del fatto, l'indagine penale si è svolta in maniera autonoma ed indipendente da quella amministrativa e non vi è stato trasferimento delle prove da un livello all'altro tanto che anche la sanzione pecuniaria penale non ha dato conto dell'incidenza di quella amministrativa già applicata.

Sulla base di tutto ciò, la Corte ha ritenuto che nel caso di specie la persona fosse stata sottoposta a due procedimenti e sanzioni

sostanzialmente penali per lo stesso fatto, ravvisando così la violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7.

La Corte quindi, nella sostanza, sottolinea come solo un procedimento “integrato”, anche se materialmente articolato in procedimenti distinti, che si dipani in termini e modi sostanzialmente contestuali sia il solo strumento sanzionatorio non in contrasto con il divieto del *ne bis in idem*.

7. *Lo sviluppo logico-giuridico delle considerazioni svolte dalla CEDU nel caso A & B vs Norvegia*

L'integrazione tra i due procedimenti di irrogazione delle sanzioni (amministrativo ma sostanzialmente penale e penale) rappresenta ora quindi il *quid pluris* la cui sussistenza assume rilievo centrale, anche al di là dell'unica fattispecie e sin contro tal unica fattispecie.

Al punto che tale integrazione, se presente, risulta determinante ponendo in secondo piano la valutazione della coincidenza in uno delle fattispecie. Si ricordi che in precedenza, sino alla sentenza resa nella causa *Zolotoukhine c. Russia*⁴⁰ la Grande Camera, discostandosi dalla giurisprudenza precedente, aveva statuito come, ai fini dell'individuazione della stessa offesa (*same offence*), occorresse fare riferimento unicamente al fatto storico colpito con l'irrogazione delle sanzioni, a prescindere dagli altri elementi costitutivi dell'illecito amministrativo e di quello penale.

Quanto rilevava quindi era la mera identificazione della *same offence*, per il fine sopra descritto, la quale consiste in “*un insieme di circostanze fattuali che coinvolgono lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio*”.

La violazione quindi la violazione del divieto di *bis in idem* è integrata dalla prosecuzione di uno dei due processi allorquando nell'altro si sia raggiunta una decisione definitiva.

⁴⁰ Corte EDU, Grande Camera, *Zolotoukhine c. Russia*, 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03.

Tale interpretazione del tutto sostanzialistica, che attribuiva valore dirimente alla identità della condotta oggettiva, è stata recepita nelle successive pronunce della Corte EDU⁴¹.

La sentenza Zolotoukhine è peraltro richiamata anche nella pronuncia in commento, a riprova di come la si abbia ben presente in sede di motivazione; la Corte però, sia pur rifacendosi apparentemente a quei principi, di fatto li supera – o meglio a mio giudizio tentando di precisarne i contorni in astratto, finisce per contraddirli in concreto – giungendo ad ammettere la garanzia convenzionale anche ai casi di procedimenti paralleli per il medesimo fatto, una volta che uno di essi si concluda con un provvedimento definitivo.

Per quanto l'art. 4 prot. 7 CEDU non escluda ex se che lo Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte a condotte ritenute particolarmente offensive socialmente che si articoli – nel quadro di un approccio unitario e coerente – attraverso procedimenti distinti, resta fermo che le risposte sanzionatorie non devono comportare un sacrificio eccessivo per l'interessato (§ 121). Compito della Corte è, allora, quello di verificare in concreto se la strategia adottata da ogni singolo Stato comporti nella sostanza, o quanto agli effetti pratici, una violazione del divieto di *ne bis in idem* ovvero appaia, al contrario il “prodotto di un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria” (par. 122).

Nell'ottica, allora, di un conveniente bilanciamento tra gli interessi dell'individuo e quelli della comunità a prevedere un approccio calibrato ad una sanzione ‘integrata’, frutto degli interventi di distinte autorità (amministrative e giurisdizionali), la Corte ritiene di dover valorizzare proprio il test della “sufficiently close connection in substance and time” ricavato da parte della propria precedente giurisprudenza e riproposto alla sua attenzione dagli stessi giudici supremi norvegesi (par. 125).

⁴¹ *Ex multis*, in aggiunta a quelle sopra richiamate, Corte EDU, Quarta Sezione, Kiiveri c. Finlandia, 10 maggio 2015, ricorso n. 53753/12; Corte EDU, Quarta Sezione, Häkkä c. Finlandia, 20 maggio 2014, ricorso n. 758/11; Pirttimäki c. Finlandia, 20 maggio 2014, ricorso n. 35232/11).

È chiaro che solo quando ci si trova in presenza di tal “sufficiente connessione” il sistema riesce a rispettare i parametri in questione sottraendosi al divieto di bis in idem.

La Corte – quasi risultando ovvia nel suo argomentare, sul punto – osserva come il modo più sicuro per assicurare il rispetto dell’art. 4 prot. 7 sarebbe la previsione di un meccanismo procedimentale o processuale in grado di unificare, in qualche stadio della procedura, i due procedimenti sanzionatori, in modo tale da garantire l’irrogazione delle differenti sanzioni da parte di un’unica autorità e nell’ambito di un unico processo⁴².

La sentenza ribadisce subito come la disposizione convenzionale non escluda in via automatica e inderogabile lo svolgimento parallelo di due procedimenti, purché essi appaiano connessi dal punto di vista sostanziale e cronologico in maniera sufficientemente stretta, e purché esistano meccanismi in grado di assicurare risposte sanzionatorie nel loro complesso proporzionate e, comunque, prevedibili (par. 130)

Pertanto, da qui in poi dovrà valutarsi:

- se i procedimenti previsti per la violazione abbiano scopi differenti, e abbiano ad oggetto – non solo in astratto ma anche in concreto – profili diversi della medesima condotta antisociale;
- se la duplicità dei procedimenti sia una conseguenza prevedibile della condotta;
- se i due procedimenti siano condotti in modo da evitare “per quanto possibile” ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, in particolare attraverso una “adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l’accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell’altro procedimento”;
- e, infine, se la sanzione imposta nel procedimento che si concluda per primo sia tenuta in considerazione nell’altro

⁴² La Finlandia, a seguito di talune condanne da parte della Corte di Strasburgo per violazione dell’art. 4 del Prot. 7 della CEDU, ha modificato il sistema sanzionatorio in materia fiscale con una legge entrata in vigore il 1° dicembre 2013, la quale prevede che le autorità fiscali, quando sono chiamate ad adottare una decisione di natura tributaria, possono valutare se imporre una soprattassa oppure riferire la questione alla polizia. Ovviamente, di fronte alla previsione dell’obbligatorietà costituzionale dell’esercizio dell’azione penale, nel nostro sistema questa opzione pare di dubbia praticabilità.

procedimento, in modo che venga in ogni caso rispettata l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena (par. 133).

La dottrina, sul punto, ha subito notato come “non deve fuorviare la conclusione della sentenza A e B nella parte in cui esclude il bis vietato dall'ordinamento convenzionale, in presenza di una costruzione del sistema di “doppio binario” sanzionatorio amministrativo e penale da parte del diritto interno, che fosse in linea con il criterio della “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”⁴³.

Resta pur sempre intatta la rilevanza della giurisprudenza sovranazionale alla considerazione dell'identità storica dei fatti oggetto dei due procedimenti; si tratta peraltro di un approccio noto alla dottrina italiana processual-penalista, come dimostra il risalente uso del criterio empirico basato sulla compatibilità dei fatti storici e sulla cumulabilità delle imputazioni nei procedimenti paralleli⁴⁴.

8. *Le recenti conclusioni dell'Avvocato generale della Corte UE sul tema in oggetto*

Ulteriore interessante contributo al dibattito deriva da due conclusioni dell'avvocato generale di recente depositate in causa⁴⁵.

Si tratta di prese di posizione molto articolate e ben scritte, svolte sia in una controversia avete per oggetto la sovrapposizione in esame sia in un contesto di violazioni penali e penali – tributarie, sia in un contesto di *market – abuse*, e sostanzialmente sovrapponibili come dichiara chi le ha redatte, rimandando nell'una vertenza a quanto scritto nell'altra. Entrambe le vertenze hanno per oggetto casi nei quali il sistema normativo preso ad esame dalla Corte è quello italiano.

Premessa idonea a chiarire quali e quanti passi in avanti siano stati fatti in argomento è quella contenuta nel punto 69 delle conclusioni svolte nel caso Benci: “da parte mia, non vedo motivi (ma piuttosto inconvenienti) per i quali la Corte dovrebbe aderire alla decisione della Corte EDU di ridurre il contenuto del diritto che il principio del ne bis

⁴³ M. BONTEMPELLI, *Verso un adattamento della disciplina italiana delle sanzioni tributarie al diritto europeo?*, in *Rass. Trib.* 2017, n. 2, p. 575.

⁴⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ediz., Milano, 2012, p. 455; O. DOMINIONI, “*Sub art. 50*”, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. I, 1989, p. 290.

⁴⁵ Si tratta delle cause Causa C-524/15 (Caso Benci) e Causa C-537/16, (caso Ricucci e altri) presentate in data 12 settembre 2017 e a firma dell'avv. Gen. M. Campos Sanchez – Bordona.

in idem garantisce ai singoli, quando si tratti di sanzioni della stessa natura (materialmente penali) imposte due volte per i medesimi fatti. Ritengo che sia difficile rinunciare al livello di tutela già raggiunto con la sentenza *Åkerberg Fransson* solo perché la Corte EDU ha cambiato orientamento interpretando, nell'ambito di sua competenza, l'articolo 4 del protocollo n. 7. In primo luogo, la stessa Corte EDU riconosce che il modo migliore per rispettare il principio del ne bis in idem, previsto dall'articolo 4 del protocollo n. 7, è il binario unico di sanzione e considera quindi il doppio binario in caso di procedimenti misti come un'eccezione a tale regola generale. Se esiste un doppio procedimento, ancorché misto, la conseguenza, di norma, è la violazione del principio del ne bis in idem".

Da un lato quindi, si reputa ormai irreversibile il cammino verso una rimozione del c.d. doppio binario, dall'altro si sollecita il legislatore a provvedere con una riforma chiarificatrice che peraltro, stante la complessità del sistema e le possibili incognite che rimangono, non è certamente all'ordine del giorno.

Sino ad allora, scrive l'avvocato generale, "qualora, invece, si mantenga il carattere *materialmente* penale di tali sanzioni, come ritengo opportuno, occorre che la garanzia dell'articolo 50 della Carta sia pienamente salvaguardata quando lo stesso fatto integri una violazione, nel contempo, di norme tributarie che prevedono una risposta materialmente penale e di norme propriamente penali (vale a dire, quelle che identificano i reati). Ciò che accade in circostanze del genere è ben noto nel diritto repressivo: un concorso di leggi, o di norme (non di reati) che deve essere risolto in modo unitario. Infatti, quando lo stesso fatto è riconducibile a due (o più) norme che lo sanzionano, la risposta repressiva deve essere individuata in una di tali norme, ossia quella che ha efficacia preminente".

È necessario quindi, secondo le conclusioni, identificare la disposizione di legge munita di l'efficacia preminente, quindi garantire la risposta repressiva applicando esclusivamente detta disposizione, e accantonando la residua. Si impone in concreto l'operare una vera e propria scelta, non discrezionale, ma fondata sul criterio di preminenza; parametro questo senza dubbio non di piano governo, dal momento che la preminenza della sanzione formalmente penale o di quelle sostanzialmente penale – che si pongono quindi come soluzioni tra di loro alternative al punto che l'applicazione dell'una esclude

l'applicazione dell'altra – dovrà essere in concreto un vero e proprio bivio che l'operatore e l'interprete affrontano senza punti di riferimento normativi.

Sotto questo profilo, le conclusioni qui riportate non si spingono sino a suggerire una direzione o l'altra: in esse però con rinnovata decisione si chiarisce come vada adottata “un'interpretazione dell'articolo 50 della Carta che prosegua in linea con la sua giurisprudenza precedente, ma non riduca il contenuto di tale diritto nel senso indicato dalla sentenza A e B c. Norvegia né in applicazione dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta”.

In questa situazione, era quindi quantomai importante, sul punto, attendere la pronuncia della Corte, alla quale l'avvocato Generale ha chiaramente ricordato negli atti sopra sintetizzati – in concreto - di non retrocedere dalle posizioni raggiunte nella sua prevalente giurisprudenza; anzi ha formulato un chiaro invito a confermarle ma nel contempo a rimuovere le ambiguità che tali posizioni ponevano, intraprendendo un innovativo percorso logico – interpretativo.

Se, come pare, l'Avvocato generale suggerisce come via possibile per la risoluzione dell'impasse in argomento, quella della diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE, è chiaro che opzione avrebbe l'effetto di far arrestare la seconda contestazione sul fatto già interessato da un primo procedimento sanzionatorio definitivamente concluso.

Si tratta di una prospettiva non così condivisa, è vero, ma comunque già presa in esame da alcuni giudici di merito⁴⁶, che peraltro

⁴⁶ Trib. Torino, sez. V pen., ord. 27/10/2014 in *Diritto Penale Contemporaneo*, con nota di M. SCOLETTA; Trib. Bergamo, sez. pen., ord. 16/09/2015, in *Diritto Penale Contemporaneo*, con nota di F. Viganò; Trib. Santa Maria Capua Vetere, sez. pen., ord. 11/05/2015; Trib. Santa Maria Capua Vetere, sez. pen., ord. 10/07/2015; Trib. Terni, sez. pen., sent. 12/06-1/09/2015, in *Diritto Penale Contemporaneo*, con nota di S. CONFALONIERI. Le prime pronunce citate si limitano a sollevare un rinvio pregiudiziale alla CGUE in merito all'esatta interpretazione dell'art. 50 CDFUE e ai suoi effetti nell'ordinamento interno; diversamente, il Tribunale di Terni ritiene di poter decidere direttamente la controversia senza neppure rivolgersi pregiudizialmente al Giudice comunitario. Si segnala come il giudice di Terni non sembra porre a fondamento della sua decisione l'art. 50 CDFUE ma, a ben vedere, l'art. 4 prot. 7 CEDU che, come si è detto, non dovrebbe invece avere efficacia diretta sul piano interno. Ancora per la diretta applicazione del *ne bis in idem*, nell'ambito

sconta il fatto che l'art. 50 della Carta potrebbe trovare diretta applicazione nel solo ambito delle imposte armonizzate e quindi, essenzialmente dell'IVA⁴⁷.

È chiaro quindi che le indicazioni dell'avvocato Generale, sotto questo profilo, rese come già detto in vertenze riguardanti proprio il nostro ordinamento, costituiscono un ancor più diretto invito rivolto – sia pur senza espresso riferimento – proprio al legislatore italiano.

Essa suonano, senza alcuna ambiguità, come un perentorio *input* per il legislatore a metter mano con maggior sistematicità e diversa sensibilità (senza naturalmente con questo sottacersi le molteplici problematiche che si pongono) al sistema sanzionatorio tributario.

9. *Riflessioni conclusive*

Alla luce di quanto sopra, ritengo possano trarsi alcune conclusioni, certamente non definitiva, su un tema i cui sviluppi nel sistema del diritto interno non possono ad ora con chiarezza prevedersi.

La Grande Camera della Corte EDU ha di fatto fornito, ora, una differente lettura dei principi sin qui sanciti; l'effetto è quello di restringere l'ambito di applicazione del divieto di *bis in idem*.

Dapprima la CEDU ha incentrato le proprie valutazioni sugli aspetti sostanziali, evidenziando l'ingiustizia di un'azione punitiva duplicata – e sostanzialmente penale – in capo a uno stesso soggetto per il medesimo fatto.

Successivamente, dopo aver posto tal principio al centro del sistema, quale cardine di un sistema giuridico che si voglia dire civile, la Corte

speculare me evidentemente connesso del contenzioso tributario, si segnala C.T.P. Reggio Emilia, sez. III, 22/09-13/10/2015, n. 406, in banca dati *Fisconline*.

⁴⁷ Si veda CGUE, sez. IX, 15/04/2015, C-497/14, in *Diritto Penale Contemporaneo*, con nota di M. SCOLETTA, *Omesso versamento delle ritenute d'imposta e violazione del ne bis in idem: la corte di giustizia dichiara la propria incompetenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2015; La Corte di Giustizia ha rilevato la propria incompetenza a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale operato dalla Corte di Torino perché questa verte su di una disciplina, l'omesso versamento di ritenute (art. 10 bis), estranea al diritto dell'Unione Europea. Diverse possibilità per ottenere una pronuncia che affronti la corretta interpretazione e la esatta portata applicativa dell'art. 50 CDFUE vi sono in relazione al rinvio pregiudiziale operato dal Tribunale di Bergamo che riguarda il comparto dell'IVA, imposta armonizzata; vedi O. MAZZA, *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. Trib.*, 4/2015, p. 1033.

ha temuto che da questa tutela dell'individuo derivasse uno squilibrio per le esigenze di punizione legittimamente portate dall'ordinamento.

E allora, invece di ripensare la portata del principio, delimitandone l'applicazione, ha trovato più semplice introdurre considerazioni procedurali e processuali che apparentemente eseguono i dettami del principio, ma che in realtà lo contengono entro stretti confini che il principio assai poco tollera, nella sua enunciazione, diretta a fornire garanzie senza troppo preoccuparsi del concreto operare delle procedure interne.

E nulla è più dannoso, per un sistema giuridico, che annunciare in astratto – e solennemente – ottimi principi per poi farne applicazione in concreto assai limitata.

Diversamente, va mitigata l'applicazione del principio nei casi in cui gli Stati costruiscano meccanismi procedurali e processuali atti a garantire la connessione temporale (funzionale all'acquisizione unica del materiale probatorio, con i noti problemi di compatibilità delle garanzie penalistiche con l'istruttoria tributaria, non testimoniale e sostanzialmente solo documentale) e il computo, in sede di determinazione della sanzione, di quanto già subito dal reo nel procedimento o processo per primo conclusosi.

Una possibile soluzione, sul fronte del diritto processuale, potrebbe consistere nella disapplicazione delle disposizioni sanzionatorie qualora la materia sia di diritto dell'Unione (vale a dire per i tributi armonizzati, con tutti i problemi che si pongono con riferimento alla sorte degli altri tributi non armonizzati, accertati, sanzionati e riscossi contestualmente)⁴⁸ ovvero nel sollevare – da parte del giudice tributario o penale adito - questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU, quale norma interposta dell'art. 117, primo comma, della Costituzione salvo che non ritenga possibile interpretare la normativa interna conformemente alla CEDU.

⁴⁸ L'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali della UE prevede il *ne bis in idem* in termini analoghi a quanto dispone la CEDU, l'art. 51 stabilisce poi che le disposizioni della Carta possono trovare applicazione “*esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*”. Pertanto la Carta di Nizza risulta di immediata applicazione in riferimento alle materie di competenza UE, ma non a quelle che siano rimaste nella competenza degli Stati membri, come la disciplina delle imposte dirette che resta riservata all'autonomia degli Stati membri.

Tal soluzione ha però la conseguenza – in parte già avutasi - di sollecitare un intervento della Consulta, il quale giudice si è sempre mostrato assai cauto sul tema, per non dire poco sensibile alle sollecitazioni che provengono dalle “altre” Corti.

La via “costituzionale”, peraltro, non appare agevolmente percorribile dal momento che sin qui la Consulta si è mostrata decisamente restia – o nettamente prudente, a seconda dei punti di vista – a percorrerla sino alle conseguenze più nette⁴⁹.

Inoltre, il rischio di introdurre un vero e proprio “vuoto” nel sistema sanzionatorio (con conseguente venir meno della *vis* repressiva del meccanismo) potrebbe dar origine a una reazione repulsiva del giudice adito, e risolversi in una sentenza di inammissibilità o infondatezza dovendo in fondo il legislatore premurarsi di intervenire⁵⁰.

Sommessamente, ritengo invece che proprio il ritorno al diritto sostanziale – opportunamente integrato dai principi enunciati dalle Corti non domestiche – potrebbe fornire una via d’uscita semplice, una sorta di taglio del nodo gordiano.

L’unica prospettiva immediatamente e concretamente praticabile (in attesa del legislatore, il cui intervento non è sempre tempestivo e men che meno salvifico) appare quella di riportare la tematica nell’alveo dei principi del diritto penale sostanziale, cercando di risolvere il concorso apparente di norme mediante la corretta interpretazione del principio

⁴⁹ Il richiamo è qui a Corte Cost. n. 222 del 2019, che ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dal Tribunale di Bergamo, in termini analoghi a quelli posti dal Tribunale di Monza nell’ordinanza in precedenza citata proprio in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 4 del Protocollo n. 7 alla Conv. EDU e all’art. 50 della Carta DFUE, dell’art. 649 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede l’applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti di un imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell’ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Conv. EDU e dei relativi Protocolli.

⁵⁰ «Se vogliamo che la Corte costituzionale rappresenti veramente un serio istituto di garanzia, dobbiamo fare in modo che essa sia un organo giuridico, non un organo politico; dobbiamo fare in modo che le sue sentenze abbiano davvero virtù di persuasione, e non siano invece – come teme Luigi Einaudi – “lievito di discordie civili”». Gaetano Martino, intervento nella seduta dell’11 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, Roma, 1970, pp. 3785 ss.

di specialità in concreto o, meglio ancora, del principio di assorbimento che ne è corollario.

Invero, il “recto” del problema – per usare un termine nummario - qui posto e affrontato riguarda i casi di concreta sovrapposizione delle sanzioni (ed ovviamente è questo il profilo di immediata dirompenza nel sistema) ma non minore importanza sul piano teorico (e paragonabile rilievo pratico) assume il suo “verso” vale a dire la concreta disapplicazione delle sanzioni.

Come ha notato attenta dottrina “l’anteriorità in sé dell’un procedimento o dell’altro appare insoddisfacente ogniquale volta quantomeno il primo (ma forse ancor più problematicamente il secondo) si conclude in concreto senza applicazione (o, peggio ancora, senza esecuzione) della sanzione, anzitutto per ragioni diverse dalla negazione della sussistenza del fatto o della sua commissione (tipicamente la prescrizione in sede penale ovvero il condono in sede tributaria), epperò anche per tali ragioni”⁵¹.

A fianco del divieto di raddoppio della sanzione, infatti, l’ordinamento deve anche garantire il divieto di esclusione dalle sanzioni; circostanza questa che va altrettanto sistematicamente e giuridicamente disciplinata e garantita, per evitare che il suo verificarsi, con insopportabile violazione del principio di eguaglianza, sia provocata *secundum eventum*.

Deve concludersi secondo una prima prospettazione che qui mi espongo a offrire, che l’illecito amministrativo sia completamente assorbito nella previsione del reato.

A questo punto, l’assorbimento dell’illecito penal-amministrativo nell’illecito penale, quando le previsioni normative riguardino la medesima condotta concreta, determina l’improcedibilità dell’azione amministrativa o la rinuncia alla stessa in favore di quella penale.

Questo comporterebbe, tra l’altro, la salvaguardia del principio costituzionale di obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale di cui all’art.112 Cost.

Non ignora chi scrive come tale prospettazione imponga il superamento dell’attuale posizione – ferma sul punto in senso

⁵¹ A. A. SALEMME –F. CANTINOTTI, *Doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo nell’evoluzione della giurisprudenza*, in *iltributario.it*, pubblicato il 15 dicembre 2016.

decisamente opposto e in direzione contrastiva con le considerazioni sin qui esaminate – del giudice di Legittimità⁵².

Certamente, invero, il continuo accavallarsi di pronunce delle Corti, nel sistema ormai multilivello con il quale ci troviamo a operare, rende ormai non più rinviabile un intervento legislativo, diretto a evitare applicazione del principio sopra detto “a macchia di leopardo”. La soluzione più *tranchant* sarebbe certo quella di tornare alla regola dell’alternatività dei due tipi di sanzioni e accolta, a suo tempo, dalla Legge n. 4/1929 e di dare reale attuazione al principio di delega fissato dalla Legge n. 23/2014, e non esercitata sul punto dall’Esecutivo, che demandava al Governo di applicare “per le fattispecie meno gravi solo sanzioni amministrative”.

Concretamente, potrebbero prevedersi per la medesima fattispecie, sole sanzioni amministrative per gli illeciti meno gravi, riservando la comminatoria delle sanzioni penali per quelli più gravi. Parte della dottrina⁵³ si è già espressa in questo senso, sottolineando come i vantaggi di tale soluzione sarebbero sia quello di non gravare eccessivamente il giudice penale, contemporaneamente garantendo

⁵² Per riassumere senza pretesa di assoluta completezza i contributi della giurisprudenza sul punto, si ricordino Corte Cass., sentenze 28 marzo 2013, n. 37425, Favellato, e 28 marzo 2013, n. 37424, Romano, che ammettono espressamente il cumulo tra le due tipologie di sanzioni, ma anche Cass., sez. III pen, 8/4-15/5/2014, n. 20266, in *Riv. Dir. Trib.*, 2014, VI, p. 55, in relazione ad un omesso versamento di ritenute e quindi al rapporto tra le fattispecie di cui agli art. 10 *bis* D.lgs. 74/00 e art. 13 D.lgs. 471/97; nello stesso senso anche Cass., sez. III pen, 8/5-10/7/2014, n. 30267, in *IL FISCO*, 2014, pp. 3269 ss., relativa al caso dell’indebita compensazione di crediti e dunque al rapporto tra la fattispecie di cui all’art. 10 *quater* D.lgs. 74/00 e l’allora vigente art. 27 co. 18 D.lgs. 185/08 - ora art. 13 co. 4 e 5 D.lgs. 471/97; Cass., sez. III pen, 14/1/14-20/7/2015, n. 31378, in *Riv. pen.*, 2015, pp. 1084 ss., relativa all’omesso versamento di ritenute previdenziali e assistenziali; ma anche: Cass., sez. III pen, 8/4-1/10/2014, n. 40526, in *Il Fisco*, 2014, pp. 4077 ss. e Cass., sez. III pen, 9/10/14-12/3/2015, n. 10475, in banca dati *Fisconline*). Una prima apertura al principio in commento può essere rinvenuta in un *obiter dictum* della sentenza n. 10475 (ud. 9 ottobre 2014) con cui in merito ad un’ipotesi di omesso versamento di ritenute si ritiene per la prima volta che emergano “non irrilevanti dubbi di compatibilità con la normativa comunitaria (...), che l’illecito amministrativo e quello penale possano avere ad oggetto essenzialmente il medesimo fatto, rendendo ingiustificata la duplicità di sanzioni in caso di ritenute che superino la soglia (...)” (Cass., sez. III pen, 9/10/14-12/3/2015, n. 10475 cit.).

⁵³ P. RUSSO, *Il principio di specialità ed il divieto del ne bis in idem alla luce del diritto comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, 2016, I, p. 35.

l'effettività della sanzione penale sottraendola al rischio della prescrizione, sia quello di mantenere la funzione dissuasiva che anche la sanzione amministrativa sicuramente in sé ha.

Il tema, in ogni caso, è ben lungi dall'essere esaurito e richiede un'attenzione del Legislatore assai più presente e urgente di quanto pare esser percepito.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALDOVRANDI P., *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, Padova, Cedam ed., 2005;
BULTRINI A., *Le sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2008, 171 - 186; CARACCIOLI I., *Salvato a metà dai giudici europei il doppio binario tributario-penale*, in *Corr. Trib.*, 2013, n. 13, pp. 1029-1032; CARTABIA M., *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in Bassanini F. - Tiberi G., *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, 112; CICCONE S. M., *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *Giur. Cost.*, 2008, 565 -575; CONTI R., *Principio del ne bis in idem*, in *Il Corr. Giur.*, 2013, 4, 565 ss.; CORSO P., *Comminare sanzioni diverse per il medesimo illecito tributario non è in contrasto con la Carta dell'Unione europea*, in *GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 2013, n. 6, 471-474; DI MARTINO A., *Intersezioni di legalità e "sanzioni" accessoria tra giurisprudenza nazionale, diritti umani, sistemi penali stranieri*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 193-264; DONATI F., *La Cedu nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in www.osservatoriosullefonti.it; FLICK G.M., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? («Materia Penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. soc.*, 2014, 988; FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Rass. trib.*, 2014, 939 ss.; FLICK G.M. - NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in www.rivistaaic.it, 10 luglio 2015, 23; FLORA G., *Ne bis in idem "europeo" e sistema sanzionatorio tributario: devastante tsunami o vento che spazza le nuvole?*, in *Rass. Trib.*, 2016, n. 4, p. 1001; GIOVANNINI A., *Il ne bis in idem per la Corte EDU e il sistema sanzionatorio domestico*, in *Rass. Trib.*, 2014, n. 5, pp. 1164-1183; GIOVANNINI A., *Le sanzioni per omesso versamento dell'iva davanti alla Corte di giustizia*, in *Corr. trib.*, 2016, 439 ss.; GIOVANNINI A. - MURCIANO L. P., *Il principio del ne bis in idem sostanziale impedisce la doppia sanzione per la medesima condotta*, in *Corr. trib.*, 2014, 20, 1548; MAIELLO V., *Doppio binario sanzionatorio, ne bis in idem e reati tributari*, in *Giur. comm.*, 2017, II, 348 ss.; MARELLO E., *Evanescenza del principio di specialità e dissoluzione del doppio binario: le ragioni di una riforma del sistema punitivo penale tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2013,

XXIII, 12, 281-282; MARTINI A., *Reati in materia di finanze e tributi*, in GROSSO C. F. - PADOVANI T. - PAGLIARO A. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. XVII, Milano, Giuffrè ed., 2010, 222 ss.; MATTEINI CHIARI S., *Reati e illeciti amministrativi in materia tributaria - il principio di specialità*, in *Giur. di Merito*, 2004, pp. 809-821; MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. Trib.*, 2015, n. 4, pp. 1033 ss.; MICELI R., *Sanzioni amministrative tributarie*, in www.treccani.it; MONTANARI L., *La difficile definizione dei rapporti con la Cedu alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2008, 204-215; MOSCARINI A., *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3525-3534; NAPOLI C., *La nuova collocazione della Cedu nel sistema delle fonti e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 137 e segg.; PALIERO C. E., *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" e una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, n. 3, pp. 894 ss.; PARONI PINI G., *Corte Europea dei diritti dell'uomo: la grande camera detta i limiti di applicabilità del principio del ne bis in idem*, in *Riv. Dir. Trib.*, 6, 2016; PENASA S., *Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutici e possibili applicazioni future*, in www.forumcostituzionale.it; PROCACCINO A., *Ne bis in idem: un principio in evoluzione – assestamenti e osmosi nazionali*, in *Giur. It.*, 2019, 6, 1457 (commento alla normativa); OLIVER P. – BOMBOIS T., *Ne bis in idem en droit Européen: un principe à plusieurs variantes*, in *Journal de droit Européen*, 2012, pp. 266-272; RUGGERI A., *Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in www.giurcost.org, 6.; RUSSO P., *Il principio di specialità ed il divieto del ne bis in idem alla luce del diritto comunitario*, in *Rass. Dir. trib.*, 2016, 25; SALAZAR C., *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: «affinità elettive» o «relazioni pericolose»?», in C. SALAZAR - A. SPADARO, *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009, 66 e ss.; SALEMME A. A. – CANTINOTTI F., *Doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo nell'evoluzione della giurisprudenza*, in iltributario.it, pubblicato il 15 dicembre 2016; SCOLETTA M., *Omesso versamento delle ritenute d'imposta e violazione del ne bis in idem: la corte di giustizia dichiara la propria incompetenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2015; TEGA D., *La CEDU e l'ordinamento italiano*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, 67; TOMKIN J., *Article 50, Right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence*, in PEERS S. - HERVEY T. - KENNER J. - WARD A., *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 1373-*

1412; URICCHIO A.F., *Il principio di specialità nella nuova disciplina dei reati tributari*, in *Boll. trib.*, 2001, 565; Ufficio del ruolo e del massimario presso la Cass., Relazione del 8.5.2014, n. 35, 8.5.2014, in *cortedicassazione.it.*; VAN BOCKEL B., *The ne bis in idem principle in EU Law*, Kluwer, 2010; ZETTERQUIST O., *Ne bis in idem and the European legal tsunami of 2013: a vision from the bench*, in *Human Rights in contemporary European law*, in *Swedish studies in European law*, vol. 6, 2015.

ABSTRACT

[Il diritto dell'Unione e la CEDU non disciplinano una struttura concettuale atta a definire la linea di confine tra illecito amministrativo e illecito penale. La progressiva e reciproca collaborazione tra la Corte Europea sarà ancora turbata, poiché il Giudice di Strasburgo segue una via, il Giudice del Lussemburgo un'altra via. Inoltre, la protezione di un diritto inderogabile dell'individuo, protetto dal principio del *ne bis in idem*, non può essere lasciata alla discrezione degli Stati. In una prospettiva *de iure condendo* il modo più sicuro per garantire il rispetto dell'art. 4 del prot. 7 è la previsione legislativa, a livello adeguato, di un solo procedimento. Nel frattempo, diverse pronunce del giudice tributario e del giudice penale sugli stessi fatti, fondate su diverse valutazioni dello stesso materiale probatorio, mettono in discussione l'autorità statale. La Corte di cassazione italiana sta ancora affrontando il tema con prudenza, data la preoccupazione che ne derivi una deviazione non preferita dal diritto interno. Certamente la soluzione legislativa è la migliore, ma è lungi da realizzarsi.]

The EU law and the ECHR still did not provide a clear conceptual framework for the definition of the dividing line between administrative and criminal offences. The progressive and mutual collaboration between the two European courts will evidently once again be deeply disturbed, Strasbourg going one way and Luxembourg going the other way. Furthermore, the protection of a non-derogable individual right such as ne bis in idem must not be left to the discretion of States. In a de iure condendo perspective, the surest manner of ensuring compliance with Article 4 of Protocol No. 7 is the legislative provision, at some appropriate stage, of a single-track procedure. In the meanwhile, different pronouncements by the tax and the criminal Court on the same facts, based on a different assessment of the same evidence, calls into question the authority of the State. The Italian Supreme Court is still approaching the topic with caution, worrying about the non-favorable deviation from domestic law. A comprehensive legislative solution should be the best solution; but it is still far to come.

FEDERICO GASPARINETTI*

I PATRIMONI “OPERATIVI” DESTINATI AD UNO SPECIFICO AFFARE: NUOVE OPPORTUNITÀ E PROFILI DI CRITICITÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Una deroga all’universalità della responsabilità del debitore ex art. 2740, co. I, c.c. - 3. Art. 2447-*bis* lett. a) e b) c.c.: gli aspetti in comune tra i due modelli di destinazione patrimoniale per specifici affari. - 4. La struttura del patrimonio destinato “operativo”: tratti fondamentali. - 5. Uno dei motivi dell’insuccesso dei patrimoni destinati: la (più agile) possibilità di costituire società controllate. - 6. Finalità del patrimonio destinato “operativo”: i pregi nascosti dell’istituto regolato dagli artt. 2447-*bis* e ss. c.c. - 7. Conclusioni.

1. Introduzione

A seguito della riforma del diritto societario avvenuta con il d.lgs. 6/2003, è stata introdotta la possibilità per le s.p.a. di costituire patrimoni destinati ad uno specifico affare. Tale operazione può avvenire in due forme distinte previste dalla relativa normativa contenuta nella “nuova” sezione XI all’uopo dedicata (“Dei patrimoni dedicati ad uno specifico affare”) di cui agli artt. 2447-*bis* e ss. c.c.

Questi istituti rappresentano, nell’ottica del legislatore, uno degli strumenti che, ai sensi della legge delega n. 366/2001, avrebbero dovuto riformare la normativa societaria consentendo di “*favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese*”, di “*valorizzare il carattere imprenditoriale delle società*” e di “*ampliare gli ambiti dell’autonomia statutaria, tenendo conto delle esigenze di tutela dei diversi interessi coinvolti*” adeguando al contempo “*la disciplina dei modelli societari alle esigenze delle imprese*” (art. 2, co. I, l. 366/2001). In ispecie i patrimoni destinati ad uno specifico affare sono stati introdotti al fine di favorire e supportare i traffici

* Dottorando di ricerca in Diritto Civile, Università di Innsbruck. Avvocato presso il Foro di Pordenone.

economici e, soprattutto, la propensione all'investimento da parte delle imprese.¹

La citata riforma del diritto societario intendeva infatti facilitare e promuovere nuove operazioni ed investimenti, consentendo una più proficua e funzionale organizzazione delle iniziative economiche, grazie ad una migliore ripartizione dei rischi correlati alle diverse branche dell'attività imprenditoriale e alla loro parziale ricollocazione su soggetti diversi dell'imprenditore. Ciononostante l'applicazione pratica di tale istituto risulta, ad oggi, assai esigua e a tale situazione consegue una quasi totale assenza di pronunce giurisprudenziali concernenti gli stessi compendi destinati.²

¹ R. SANTAGATA, *Oggetto sociale ed articolazioni dell'attività imprenditoriale*, in *Riv. soc.*, 2007, vol. 6, pp. 1255 ss., definisce i patrimoni destinati ad uno specifico affare come "nuove tecniche di suddivisione del rischio di impresa".

Circa le conseguenze più rilevanti dell'istituto in questione si ricorda quanto osservato da F. GENTILONI SILVERI, *Patrimoni costituiti con prevalente apporto di terzi*, in *Giur. comm.*, 2016, vol. 3, pp. 321 ss., il quale contrappone ad un certo scetticismo avverso gli effettivi risparmi che i patrimoni destinati avrebbero consentito alle relative società un vivo interesse per la novità giuridica portata dall'introduzione di questo strumento: "Innovazione che al di là dei più volte segnalati, e forse eccessivamente enfatizzati, risparmi, agisce profondamente nel tessuto del nostro ordinamento. Per la prima volta infatti, autonomia e separazione patrimoniale sono inserite nel corpo del diritto comune e non in disposizioni speciali, creando nuova categoria giuridica qualificata, dal punto di vista sistematico, dalla destinazione di un patrimonio ad uno scopo".

² Come evidenziato, tra gli altri, da R. SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447bis – 2447decies c.c.*, in P. SCHLESINGER-F. D. BUSNELLI (a cura di), *Il Codice civile Commentario*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 4.

Per completezza si ricorda però la sentenza del Tribunale di Torino del 6 aprile 2012, concernente la "sorte" del patrimonio destinato in caso di fallimento della società. Il Giudice, richiamando l'art. 155 del Regio decreto n. 267 del 16 marzo 1942, ha stabilito che in questa fattispecie i rapporti patrimoniali del compendio destinato non fanno più capo al legale rappresentante dello stesso (e quindi della società), "bensì alla gestione separata attribuita ex lege in capo al curatore del fallimento che è chiamato a provvedere a norma dell'articolo 107 della legge fallimentare alla cessione a terzi del patrimonio, al fine di conservarne la funzione produttiva o, se la cessione non è possibile, a provvedere alla liquidazione del patrimonio secondo le regole della liquidazione della società in quanto compatibili".

Altra pronuncia rilevante è la sentenza n. 271 del 20 febbraio 2015 del Tribunale di Sassari – relativa in verità alla validità o meno di un *trust* ed alla configurabilità di un'azione revocatoria avverso i beni allo stesso conferiti – ove viene fornita, ai fini di un confronto con il *trust* stesso, un'interessante, seppur breve, descrizione dell'istituto qui in analisi: "Il meccanismo di funzionamento delle figure disciplinate dagli artt. 2447-bis e 2447-quinquies c.c. è infatti sostanzialmente analogo all'autodichiarazione di *trust*: i beni inclusi

Parte dell'indagine di cui al presente elaborato sarà quindi dedicata ad analizzare le cause e le ragioni del mancato (o perlomeno parziale) successo dell'istituto regolato dagli artt. 2447-*bis* e ss. c.c., per poi ipotizzare le modalità con cui invece potrebbe favorirsene la diffusione nella realtà societaria italiana.

2. *Una deroga all'universalità della responsabilità del debitore ex art. 2740, co. I, c.c.*

In un ordinamento giuridico contraddistinto dal principio della *par condicio creditorum* di cui all'art. 2741, co. I, c.c. e dal principio di universalità della responsabilità del debitore *ex art. 2740, co. I, c.c.*, ai sensi del quale ogni soggetto ha “*un patrimonio ed un patrimonio solo*”,³ l'istituto di cui ci si propone di offrire di seguito una breve disamina rappresenta una delle più rilevanti eccezioni.⁴

nel patrimonio destinato a uno specifico affare sono beni che già appartengono alla società, la quale unilateralmente li segrega e, per ciò solo, li rende soggetti ad un diverso regime di responsabilità. La società muta dunque il proprio rapporto con determinati beni, i quali vengono posti al servizio di uno specifico 'affare' e sottratti alla garanzia generica in favore di creditori della società alla quale sino a quel momento inerivano.”

³ A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 198.

Sul punto si richiama poi l'*excursus* storico di G. B. PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con “capitale destinato” (Capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2010, vol. 6, pp. 1237 ss. ove l'autore ricorda come la teoria dell'unicità del patrimonio risalga ai trattatisti francesi Aubry e Rau, che a loro volta l'avevano ereditata – adattandola – dal Professor Karl Salomo Zachariä di Heidelberg, nel Baden, dove era stato recepito il Code Napoléon. Per tale teoria (c.d. soggettiva, cui si contrappone quella c.d. oggettiva) il patrimonio era “*émanation de la personnalité, l'expression de la puissance juridique dont une personne [physique ou morale] se trouve investie*”, cui conseguiva che una persona, avendo una sola personalità, poteva possedere un solo ed unico patrimonio indivisibile.

⁴ Altri casi rilevanti sono il fondo patrimoniale *ex artt. 167 ss. c.c.*, i fondi speciali per la previdenza e l'assistenza *ex art. 2117 c.c.* e gli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche di cui all'art. 2645 ter c.c. Si ricorda inoltre come sussistano anche figure di destinazione patrimoniale ulteriori rispetto a quelle regolamentate dal codice civile, si pensi, *inter alia*, al fenomeno di cartolarizzazione dei crediti di cui alla l. 130/1999 che, come evidenziato da M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, *Riv. notariato*, 2009, vol. 3, p. 557 ss., nota

Come è noto, l'art. 2740 co. I, c.c., avente carattere generale, disciplina la possibilità per il creditore di ottenere soddisfacimento delle proprie pretese tramite tutto il patrimonio del debitore. Questi infatti, nella generalità dei casi, risponde delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (e quindi anche con quelli entrati nel suo patrimonio solo dopo l'insorgere del credito).⁵

L'intero patrimonio del debitore costituisce quindi la garanzia patrimoniale generica del creditore.⁶

Questo principio costituisce una tutela fondamentale delle posizioni creditizie e della stessa certezza dei traffici che verrebbe altrimenti profondamente minata nel caso in cui – al contrario – si potesse liberamente limitare il patrimonio a disposizione del creditore per il soddisfacimento delle sue pretese.

Pertanto, in caso di deroga al suesposto principio ha luogo la sottrazione di una parte del patrimonio di un soggetto rispetto alla responsabilità generale per le obbligazioni dallo stesso contratte. Tale compendio patrimoniale viene infatti destinato a costituire la garanzia per le sole obbligazioni che possono derivare dalla realizzazione degli atti posti in essere al fine del raggiungimento di un determinato scopo.

A tale fenomeno consegue quindi una separazione che crea due o più masse patrimoniali che, anche se appartengono al medesimo soggetto, sono tra loro distinte, soggette a differenti discipline ed idonee a soddisfare interessi e categorie di soggetti diversi tra loro.⁷

18, costituisce un'ipotesi di destinazione con effetto separativo paragonabile al modello finanziario dei patrimoni societari destinati ad uno specifico affare.

A fronte del recente aumento di casi regolamentati di separazione patrimoniale G. AMORE, *La trascrizione ex art. 2645-ter c.c. fra destinazione e separazione patrimoniale*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2014, vol. 4, pp. 869 ss., parla di “processo di erosione dei principi fondamentali in tema di responsabilità patrimoniale enunciati dall'art. 2740 c.c.”.

⁵ M. CEOLIN, *Destinazione e vincolo di destinazione nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2010, p. 10, ritiene che i beni del debitore siano proprio “destinati” (“destinazione” da intendersi in senso generale) a garantire tutte le obbligazioni da questo assunte.

⁶ È opportuno ricordare come il principio di universalità della responsabilità patrimoniale vada però coordinato con il principio di proporzionalità, in base al quale la misura dell'incidenza della responsabilità va commisurata all'ammontare dei debiti, nonché al principio di buona fede secondo cui l'uso di un diritto non può mai “trasformarsi” in un abuso che comporta un eccessivo danneggiamento della posizione del debitore.

⁷ A. FERRUCCI-C. FERRENTINO, *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, vol. 2, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1300, nota 2313.

Nell'ordinamento giuridico italiano le deroghe al principio di universalità della responsabilità del debitore sono perciò possibili, come nel caso dei patrimoni destinati, ma solo se espressamente previste *ex lege* (art. 2740, co. II, c.c.).⁸ Diversamente opinando si concederebbe infatti all'autonomia privata, e quindi a qualsiasi debitore, di mettere arbitrariamente a repentaglio la garanzia che lo stesso offre ai propri creditori sicché diverrebbe per questi ultimi sproporzionatamente rischioso concedere crediti e investire nelle attività imprenditoriali altrui. Conseguenza di primario rilievo di quanto esposto – ed in particolare dalla tipizzazione della destinazione patrimoniale operata espressamente dal legislatore all'art. 2447-*bis* ss. c.c. – è la limitazione della fruibilità dell'istituto *de quo* alle sole s.p.a., per le quali lo stesso è stato previsto, rimanendone invece escluso l'utilizzo da parte delle s.r.l. o delle altre persone giuridiche connotate da differenti modelli societari.⁹

Tramite l'istituzione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare le società per azioni possono quindi delimitare il rischio connesso a certe specifiche attività¹⁰ dalle stesse poste in essere alle sole risorse

⁸ G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, vol. 2, pp. 185 ss.

Al riguardo si osserva inoltre come il legislatore abbia voluto, sia con riferimento all'istituto regolato dagli artt. 2447-*bis* c.c., sia nell'ambito della disciplina degli altri strumenti previsti dal codice civile di cui si è detto *supra* (cfr. nota 4), indicare espressamente la causa del regime di articolazione del patrimonio, *i.e.* la destinazione patrimoniale, che non può quindi essere in alcun modo derogata o emendata dall'autonomia privata.

⁹ M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, *op. cit.*, pp. 557 ss.

M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. notariato*, 2006, vol. 5, pp. 1175 ss.

FERRUCCI-FERRENTINO, *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, cit., p. 1302, nota 2317, evidenziano in realtà come oltre a tutte le società per azioni (chiuse, aperte o quotate), siano legittimate a creare patrimoni destinati anche le s.p.a. alla luce dell'applicabilità *ex art.* 2454 c.c. anche a quest'ultime della disciplina prevista per le s.p.a., allo stesso modo godono di questa possibilità anche le cooperative regolate dalle norme sulle s.p.a., a condizione che – se si tratta di cooperative a mutualità prevalente – la realizzazione dello specifico affare non pregiudichi il carattere di mutualità.

¹⁰ Tali attività possono essere sia destinate ad esaurirsi in un breve arco temporale, sia esercitate in via continuativa dalla società. È però in ogni caso fondamentale che le medesime attività siano, oltre che di agevole individuazione, ricomprese nell'oggetto sociale delle s.p.a. (v. 2447-*ter* c.c. e *amplius infra*).

economiche a tal fine espressamente dedicate, realizzando così una forma di separazione patrimoniale consentita dalla legge in deroga al principio di universalità di cui si è detto.

È quindi spontaneo chiedersi perché il legislatore abbia inteso consentire una tale eccezione all'universalità della responsabilità patrimoniale del debitore istituendo uno strumento in grado, almeno apparentemente, di ledere le garanzie a tutela della posizione del creditore.

Come sopra accennato la *ratio* alla base della normativa di cui agli artt. 2447-*bis* e ss. c.c. è quella di supportare l'espansione e lo sviluppo dell'attività imprenditoriale e produttiva, in particolare facilitando l'accesso ad investimenti e crediti necessari a consentire la realizzazione di iniziative economiche ("affari") che presentano un certo fattore di rischio, con conseguenti "effetti benefici" per la generalità dell'economia nazionale.¹¹

Pertanto, l'idea cui è conseguita questa novità normativa introdotta con il d.lgs. 6/2003 è stata quella di consentire "*un'organizzazione dell'iniziativa economica funzionale alla migliore ripartizione dei rischi connessi alle distinte attività contestualmente esercitate dalle s.p.a.*",¹² anche a costo di sacrificare parte della garanzia creditizia pur di aumentare la possibilità per le società di diversificare più agevolmente i propri investimenti. In tal modo è infatti possibile per le società evitare che la crisi di un settore o l'evenienza che un investimento che si sia rivelato infruttuoso, propaghi i suoi effetti negativi sul complesso della struttura economica societaria.

Va però sottolineato che gli strumenti offerti dagli artt. 2447-*bis* e ss. c.c. forniscono – almeno sul piano teorico – anche un vantaggio per creditori e finanziatori che non devono infatti più verificare costantemente la complessità dei bilanci e dell'assetto patrimoniale societario dell'impresa debitrice, ma possono concentrarsi solo sull'evoluzione e sui risultati economici raggiunti dallo specifico settore,

¹¹ Come efficacemente osservato da SANTAGATA "*l'incremento degli investimenti delle singole imprese comporta, a livello 'macro', l'aumento della produttività dei fattori e, quindi, la crescita del prodotto interno lordo.*", v. R. SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447bis – 2447decies c.c., op. cit.*, p. 10, nota 11.

¹² R. SANTAGATA, *I patrimoni destinati a "specifici affari"*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto Commerciale*, vol. 3, Giappichelli, Torino, 2017, p. 797.

con una conseguente diminuzione degli eventuali costi di escussione da parte degli stessi creditori.¹³

Effetto della limitazione della responsabilità del debitore è infatti anche un più facile controllo sulla gestione societaria da effettuarsi unicamente su quel determinato settore della società che ha istituito il patrimonio destinato. Tale aspetto acquista primario rilievo nel caso di grandi realtà societarie il cui monitoraggio risulta quindi particolarmente gravoso.

3. *Art. 2447-bis lett. a) e b) c.c.: gli aspetti in comune tra i due modelli di destinazione patrimoniale per specifici affari*

Le lettere a) e b) dell'art. 2447-bis c.c. individuano rispettivamente i patrimoni destinati “operativi” o “industriali” – su cui si concentra il presente scritto – ed i finanziamenti dedicati ad uno specifico affare, la cui disciplina è poi completata da quanto previsto dall'art. 2447-decies c.c.¹⁴

Questi due istituti, seppur disciplinati in maniera radicalmente differente, hanno la comune caratteristica della strumentalità del patrimonio rispetto ad una operazione economica specificatamente determinata, ossia lo “specifico affare” di cui alla rubrica della sezione XI.¹⁵

Per affare si intende pertanto l'oggetto della destinazione economica e lo stesso può consistere sia in un singolo atto, sia in un'attività

¹³ R. SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447bis – 2447decies c.c., op. cit.*, p. 5.

¹⁴ Con specifico riferimento ai finanziamenti dedicati – cui questo contributo dedica per necessità solo questo un breve cenno – P. BALZARINI-G. STRAMPELLI, *I finanziamenti dedicati ad uno specifico affare*, in *Riv. soc.*, 2012, vol. 1, pp. 78 ss. (v. spec. nota 3), osservano che proprio la separazione patrimoniale costituisce il tratto tipizzante di tale istituto e rappresenta la vera novità introdotta dal legislatore nel 2003 rispetto alla medesima figura. Già prima era infatti possibile per le società concludere un contratto di finanziamento di tenore simile a quello previsto dall'art. 2447-decies, co. II, c.c. Evidenziano pertanto gli autori che l'elemento fondamentale introdotto con la citata riforma del 2003 è la possibilità di rendere opponibile ai terzi la separazione dei proventi dell'affare ed i frutti degli stessi o degli investimenti eventualmente effettuati in attesa del rimborso al finanziatore dal restante patrimonio della società, “con l'effetto di sottrarre tali attività alle azioni da parte dei creditori sociali”.

¹⁵ SANTAGATA, *I patrimoni destinati a “specifici affari”*, cit., p. 798.

d'impresa articolata composta da un complesso di atti e che va a costituire un ramo d'azienda.¹⁶

Lo stesso affare andrà in ogni caso definito e determinato dagli organi preposti in maniera estremamente puntuale, in modo da salvaguardare e tutelare la posizione dei creditori del patrimonio al medesimo destinato.

Ulteriore requisito essenziale ai fini dell'applicabilità degli artt. 2447-*bis* e ss. c.c. è che l'attività al cui esercizio è destinata la massa patrimoniale o il finanziamento sia connotata dai caratteri dell'iniziativa economica e commerciale dinamica, non essendo ammissibile (né logica) la separazione patrimoniale per fini di mero godimento o gestione di una data attività. In tal modo si priverebbero infatti i creditori sociali di parte della loro garanzia patrimoniale,¹⁷ senza al contempo dare vita e impulso ad un'iniziativa economica degna di tutela ai sensi dell'art. 41 Cost.

Infine si ricorda che l'affare deve essere compatibile con l'oggetto sociale del soggetto giuridico che intende avvalersi degli strumenti offerti dagli artt. 2447-*bis* e ss. c.c.: la costituzione di un compendio destinato estraneo rispetto all'oggetto sociale sarebbe infatti illegittima e sarebbe pertanto necessaria una modifica statutaria *ad hoc* da parte dell'assemblea straordinaria.¹⁸

¹⁶ G. CIAN-A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Cedam, Padova, 2018, pp. 2982-2983, ove viene *inter alia* osservato come alla possibilità che oggetto della destinazione patrimoniale sia una pluralità di affari consegue la problematica di non facile soluzione di definire se gli stessi affari costituiscano complessivamente una parte unica dell'attività generale della società o se siano tra loro autonomi dando luogo ad una pluralità di imprese.

¹⁷ Come osservato da FERRUCCI-FERRENTINO, *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, cit., p. 1301, nota 2316, in questo caso i creditori sociali potrebbero sia proporre opposizione *ex art.* 2447-*quater* c.c., sia esperire un'azione revocatoria *ex art.* 2901 c.c.

¹⁸ A. FERRUCCI-C. FERRENTINO, *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, *op. cit.*, p. 1301, nota 2316.

L. SALAMONE, *Il finanziamento dei patrimoni destinati a "specifici affari"*, in *Giur. comm.*, 2006, vol. 2, pp. 235 ss.

4. *La struttura del patrimonio destinato “operativo”: tratti fondamentali*

La lett. a) dell’art. 2447-*bis* c.c. definisce gli elementi essenziali del patrimonio destinato in senso stretto (“operativo”), la cui normativa è poi contenuta negli artt. 2447-*ter* – 2447-*nonies* c.c.

In tale ipotesi la società isola un singolo specifico affare dal resto della sua attività, destinandovi parte del patrimonio societario e creando così la separazione giuridica ed economica dei beni destinati al medesimo affare. Il compendio destinato risponde infatti in via esclusiva delle obbligazioni contratte in relazione all’affare e al contempo – in conformità con quanto previsto espressamente dall’art. 2447-*quinqüies* c.c. – su questo non possono soddisfarsi i creditori esterni allo stesso.¹⁹

Al regime di separazione bilaterale – che rappresenta l’opzione generale prevista dal legislatore per le società che costituiscono un compendio destinato – è però possibile, grazie alla natura non imperativa ma dispositiva della norma in parola, derogare scegliendo in via convenzionale la separazione unilaterale (definita anche “asimmetrica” o “imperfetta”). In questo caso la società risponde anche con il patrimonio “generale”, seppur in via sussidiaria, per le obbligazioni contratte nell’ambito della realizzazione dello specifico affare.²⁰

Appare evidente come l’adozione del regime di separazione patrimoniale unilaterale sia particolarmente vantaggiosa per i creditori del patrimonio destinato, i quali avranno sia la certezza che la garanzia

¹⁹ Sul punto la disposizione della norma in parola è assolutamente chiara: in particolare il primo comma prevede che “*Decorso il termine di cui al secondo comma del precedente articolo ovvero dopo l’iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento del tribunale ivi previsto, i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti.*” mentre il quinto che “*Qualora la deliberazione prevista dall’articolo 2447-ter non disponga diversamente, per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato. Resta salva tuttavia la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito.*”, lasciando però in questo caso la possibilità all’autonomia privata, nell’ambito della deliberazione costitutiva del patrimonio, di derogare al regime di autonomia patrimoniale “perfetta” (v. *infra*). La medesima separazione patrimoniale viene in ogni caso meno nel caso di obbligazioni derivanti da fatto illecito (al riguardo v. anche *infra*).

²⁰ G. CIAN-A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, op. cit., pp. 2988-2989.

costituita dal compendio destinato non potrà essere intaccata da pretese avanzate da terzi e conseguenti ad obbligazioni della società relative ad attività ulteriori rispetto allo specifico affare, sia la possibilità di soddisfare i propri crediti con il patrimonio sociale in caso di incapacienza del compendio destinato.

Specularmente questa fattispecie è particolarmente gravosa per i creditori sociali che si vedono privati di parte del patrimonio sociale complessivo senza poter in alcun modo profittare delle garanzie offerte dal compendio destinato.²¹ Sicché questa scelta in deroga al regime generale di separazione patrimoniale bilaterale appare particolarmente indicata qualora l'affare per cui il patrimonio destinato viene istituito sia connaturato da un significativo profilo di rischio e si voglia pertanto concedere maggior sicurezza ai creditori dello stesso.

Il patrimonio destinato “operativo” viene istituito – salva diversa disposizione statutaria – a mezzo di delibera da parte dell’organismo amministrativo, la quale deve contenere tutti gli elementi specificatamente indicati dall’art. 2447-ter c.c. Questi assolvono ad una doppia funzione: fissare le regole di funzionamento del patrimonio separato e consentire di rendere note le caratteristiche di funzionamento dello stesso. La delibera costitutiva del patrimonio destinato viene infatti prima sottoposta al controllo di legalità formale e sostanziale da parte del notaio rogante e poi depositata e iscritta nelle forme e nei modi previsti dall’art. 2436 c.c., assolvendo così al fondamentale onere di pubblicità cui lo stesso deposito presso il Registro delle Imprese è preposto.

Alla medesima iscrizione nel Registro delle Imprese è assegnata efficacia costitutiva parziale, la sua omissione impedisce infatti il decorso del termine di 60 giorni di cui all’art. 2447-quater, co. II, c.c. entro il quale i creditori sociali preesistenti alla costituzione del patrimonio destinato possono fare opposizione.²²

Nella delibera costitutiva viene così “*consacrata la scelta gestoria di destinare ad una certa attività una serie di beni e rapporti giuridici*”²³ che dovranno essere specificatamente individuati nella stessa delibera,

²¹ In ogni caso agli stessi è però concessa la possibilità di fare opposizione all’istituzione del patrimonio destinato ex art. 2447-quater, co. II, c.c.

²² SANTAGATA, *I patrimoni destinati a “specifici affari”*, cit., p. 800.

²³ SANTAGATA, *I patrimoni destinati a “specifici affari”*, cit., p. 798.

insieme all'indicazione dell'affare e a tutti gli altri aspetti indicati dal citato art. 2447-ter c.c. Tra questi si sottolinea in ispecie il piano economico-finanziario – avente un fondamentale valore organizzativo – da cui deve emergere la congruità del patrimonio rispetto alla realizzazione dell'affare, nonché le modalità del suo impiego.

L'articolazione del compendio destinato non è però completamente rimessa all'autonomia privata, stante l'inderogabile limite quantitativo per la costituzione dello stesso patrimonio destinato di cui all'art. 2447-bis c.c., corrispondente al dieci per cento del patrimonio netto della società. Al riguardo cattura l'attenzione il fatto che il legislatore del 2003 abbia stabilito questa limitazione unicamente per il modello “operativo” e non anche per quello finanziario, rendendo quest'ultimo maggiormente “appetibile” per le s.p.a.²⁴

Tale limite – riferito al complesso di tutti i patrimoni eventualmente costituiti dalla società²⁵ – è posto a tutela sia dei creditori sociali antecedenti rispetto alla costituzione del patrimonio, subendo questi una riduzione della garanzia patrimoniale a tutela delle loro pretese,²⁶ sia degli stessi soci della s.p.a. rispetto alla decisione dell'organo amministrativo di investire una parte (comunque) rilevante del patrimonio netto.²⁷

La *ratio* alla base di questa limitazione pare quindi essere riscontrabile nell'intento del legislatore di assicurare un equilibrio tra capitale di rischio generale e capitale di rischio speciale e di evitare eventuali abusi dati da un'eccessiva riduzione del patrimonio generale della società cui conseguirebbe un indebolimento delle garanzie poste a tutela dei creditori sociali anteriori alla costituzione del compendio destinato.²⁸

²⁴ CIAN- TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, cit., p. 2983.

²⁵ CIAN- TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, cit., p. 2983, evidenziano che il calcolo dei patrimoni destinati va fatto con riferimento al valore attuale e non iniziale dei patrimoni destinati e che al fine di compiere tale operazione è necessario sottrarre il valore delle passività “destinate” da quello delle attività “destinate”.

²⁶ Questa tutela si aggiunge a quella “principale” rappresentata dal diritto di opposizione ai sensi dell'art. 2447-quater c.c.

²⁷ Come risultante dallo stato patrimoniale del bilancio (c.d. “passivo ideale”), che equivale alla somma algebrica del capitale sociale, delle riserve (disponibili ed indisponibili) e degli eventuali utili o perdite non distribuiti. Cfr. SANTAGATA, *I patrimoni destinati a “specifici affari”*, cit., pp. 798-799 (v. spec. nota 4).

²⁸ FERRUCCI-FERRENTINO, *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, cit., pp. 1303-1304.

Al contempo va però altresì osservato che lo stesso limite pare doversi applicare alla sola fase di costituzione del patrimonio, rimanendo quindi possibili successivi apporti di terzi imputati al patrimonio destinato.²⁹

Inoltre non sono disciplinate le conseguenze di un'eventuale violazione del sopradescritto limite quantitativo occorsa durante la fase dinamica della realizzazione dell'affare, conseguente ad esempio a gravi perdite nel patrimonio complessivo della società mentre quello destinato resta intatto. Da ciò si deduce che vi non è uno specifico obbligo in capo agli amministratori di provvedere al suo ripristino "in corso d'opera".³⁰ Proprio questa lacuna normativa rappresenta una criticità che si ritiene in questa sede di segnalare: il fatto che possa venir meno il rapporto di "proporzionalità" tra patrimonio sociale e patrimonio destinato rischia di mettere a rischio sia la posizione dei creditori sociali, sia la fattibilità stessa dell'affare qualora la complessiva compagine sociale mostrasse segnali di evidente instabilità finanziaria.

Proseguendo, si osserva che la disciplina dei patrimoni destinati prevede per gli stessi ulteriori limiti: l'art. 2447-*bis*, co. II, c.c. in specie ne vieta la costituzione in relazione ad affari attinenti ad attività "*riservate in base alle leggi speciali*" (si pensi all'attività bancaria o assicurativa).³¹

Con riferimento invece alla normativa concernente gli atti compiuti durante la "vita" dei compendi destinati, appare costante la volontà del legislatore di tutelare, oltre ai soci, i creditori sociali e quelli dello stesso patrimonio destinato, tramite l'imposizione di un obbligo di trasparenza che contraddistingue tutti gli atti compiuti dagli amministratori in relazione ai medesimi patrimoni destinati. In particolare l'art. 2447-*quinquies*, co. IV, c.c. fa dipendere il regime di separazione patrimoniale bilaterale dalla conoscibilità esterna che deve

²⁹ CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, cit., p. 2983. Gli autori sottolineano in particolare che se si ritenesse applicabile tale limite anche alla fase successiva alla costituzione, si rischierebbe di dare luogo ad un'ingiustificata limitazione allo svolgimento dell'affare.

³⁰ SANTAGATA, *I patrimoni destinati a "specifici affari"*, cit., p. 799, nota 4.

³¹ Come osserva SANTAGATA, *I patrimoni destinati a "specifici affari"*, cit., pp. 798-799, diversamente si correrebbe il rischio che la stessa riserva venga elusa proprio attraverso la costituzione di un patrimonio destinato. L'autore fa l'esempio di una s.p.a. che in assenza di autorizzazione dalla Banca d'Italia istituisce un patrimonio dedicato al risparmio. Ciò però non significa che s.p.a. bancarie o assicurative non possano decidere di costituire un patrimonio destinato.

sempre assumere la destinazione del patrimonio dedicato ad uno specifico affare. Pertanto qualora gli atti correlati allo specifico affare e alla sua realizzazione non menzionino espressamente il vincolo di destinazione, viene meno *in toto* la separazione patrimoniale, con conseguente possibilità per i creditori del compendio destinato di far valere le loro pretese contro tutto il patrimonio sociale.

Il medesimo patrimonio, una volta costituito, assume infatti una dimensione dinamica, con entrate ed uscite di beni e liquidità, cui consegue la collocazione dell'atto di destinazione nell'attività d'impresa. Si capisce allora la necessità della previsione imperativa *ex art. 2447-quinquies*, co. IV, c.c. che completa quindi la regolamentazione sul regime di pubblicità del vincolo di destinazione di cui al precedente art. 2447-*quater* c.c., confermando la volontà del legislatore di obbligare le s.p.a. a predisporre adeguati strumenti di conoscenza³² per rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione, pena la perdita responsabilità separata per cui il patrimonio era stato istituito.

La conseguenza dell'inadempimento ai predetti obblighi di pubblicità, ipotizzata dalla dottrina³³ in assenza di una chiara indicazione sul punto del legislatore e nell'ipotesi in cui manchi un'apposita specificazione sul punto nella delibera costitutiva, è la confusione tra patrimonio generale e patrimonio destinato.³⁴

Appare essere questo infatti lo strumento a maggior tutela dei creditori che hanno contratto non essendo a conoscenza della sussistenza del compendio destinato (e nella convinzione quindi che avrebbero potuto far valere, nel caso, le loro pretese verso l'intero patrimonio sociale).

³² Tra l'altro, da un punto di vista pratico, per distinguere le attività relative al compendio separato rispetto da quelle sociali, sia proprio necessario l'uso di un nome specifico o di una ditta. Cfr. CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, cit., p. 2989.

Inoltre FERRUCCI-FERRENTINO, *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, cit., pp. 1304-1305, osservano che pur mancando al riguardo un'espressa previsione di legge, nel caso una società costituisca più patrimoni destinati, sia necessario, per evitare confusione, identificare nominalmente preventivamente gli stessi in modo che siano distinguibili tra di loro. In questo modo sarà poi più facile distinguere i crediti di ciascun patrimonio destinato.

³³ G. B. PORTALE, *Dal capitale "assicurato" alle "tracking stocks"*, in *Riv. soc.*, 2002, vol. 1, pp. 146 ss.

³⁴ CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, cit., p. 2989.

È opportuno inoltre ricordare come sia prevista, ai sensi degli artt. 2447-*sexies* e *septies* c.c., un'ulteriore condizione di operatività della separazione patrimoniale data dalla tenuta di una distinta contabilità del compendio destinato rispetto alla complessità del patrimonio societario. In conformità alla citata disposizione infatti l'organo amministrativo deve tenere, separatamente per ciascun patrimonio separato, i libri e le scritture contabili di cui agli artt. 2214 e ss. c.c. Inoltre andrà dedicato ad ogni patrimonio destinato un rendiconto specifico da allegare al bilancio della società, ove devono comunque risultare i dati relativi al medesimo compendio destinato, in quanto il risultato annuale dell'affare specifico costituisce parte del risultato complessivo raggiunto dalla società.³⁵

Infine si ricorda solamente che la disciplina sulle cause di estinzione della separazione patrimoniale (per realizzazione o sopravvenuta impossibilità dell'affare, fallimento della società o per altri casi eventualmente previsti dalla delibera costitutiva) è riportata all'art. 2447-*nonies* c.c., mentre le conseguenze dell'insolvenza del patrimonio destinato sono regolate dalle disposizioni sulla liquidazione della società.³⁶

5. *Uno dei motivi dell'insuccesso dei patrimoni destinati: la (più agile) possibilità di costituire società controllate*

Come si è già evidenziato nell'introduzione del presente contributo, a fronte dell'intento (di per sé lodevole)³⁷ del legislatore di favorire la diffusione di uno strumento di natura societaria che comportasse una reciproca insensibilità delle rispettive vicende economiche tra società e

³⁵ SANTAGATA, *I patrimoni destinati a "specifici affari"*, cit., pp. 801-802.

³⁶ SANTAGATA, *I patrimoni destinati a "specifici affari"*, cit., p. 802-803.

Sul punto N. ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati ed insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2004, vol. 1, pp. 40 ss., osserva come la disciplina dell'insolvenza dei patrimoni destinati sia "*deludente*" rispetto a quanto ci si poteva aspettare leggendo il testo della legge delega.

³⁷ Vi erano in realtà perplessità, circa l'opportunità dell'introduzione dei patrimoni destinati, da parte della dottrina anche prima della riforma del 2003. Tra gli altri, v. PORTALE, *Dal capitale "assicurato" alle "tracking stocks"*, cit., pp. 146 ss.

patrimonio destinato, si è registrata una scarsa applicazione nella pratica da parte degli stessi soggetti per cui la riforma era stata pensata.³⁸

Ciò è accaduto principalmente a causa del fatto che lo stesso legislatore del 2003 – proprio con la medesima riforma che ha introdotto l’istituto di cui si sta offrendo il presente breve commento – ha altresì reso possibile il contestuale esercizio di più imprese in regime di responsabilità limitata, che, pur se “funzionalmente collegate”, sono tra loro patrimonialmente indipendenti. A partire dal 2003 le persone giuridiche possono infatti costituire s.p.a. ed. s.r.l. unipersonali, articolandole secondo la struttura del gruppo di società, con il rilevante vantaggio di godere della responsabilità limitata delle stesse società controllate.³⁹

Uno dei motivi di tale “fallimento” va quindi probabilmente ravvisato proprio nella possibilità per le società che desiderano dare luogo ad un’articolazione multidivisionale delle proprie attività – “isolandone” una rispetto al resto del patrimonio societario – di istituire, agilmente e senza costi rilevanti, società controllate da dedicare esclusivamente a quel determinato scopo, creando così un gruppo di società la cui composizione varia in base al numero di diversi settori in cui la società intende articolare le proprie attività ed investimenti.

Un ulteriore “colpo” alle possibilità di successo dei patrimoni destinati societari è stato poi (involontariamente?) inferto dal legislatore con il d.l. 24/2012 (convertito con modificazioni nella l. 27/2012) e, soprattutto, nel 2013, quando l’art. 9, comma 15-*bis*, d.l. 28 giugno 2013, n. 76 (convertito con modificazioni nella l. 9 agosto 2013, n. 99) ha introdotto la nuova disciplina delle s.r.l. È stato infatti reso possibile un nuovo e significativo risparmio nei costi per la costituzione di nuove società alle quale può destinarsi un capitale di importo anche inferiore a 10.000 euro (c.d. s.r.l. semplificate).⁴⁰ In particolare a seguito della

³⁸ V. nota 2 *supra*.

F. GENTILONI SILVERI, *Patrimoni costituiti con prevalente apporto di terzi*, op. cit., pp. 321 ss., parla di “sterilizzazione dell’istituto”.

Cfr. inoltre CIAN- TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, cit., pp. 2981-2983.

³⁹ SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447bis – 2447decies c.c.*, cit., p. 19.

⁴⁰ Si ricorda che la costituzione della società semplificata, possibile solo per le persone fisiche, avviene tramite contratto o, nel caso di società unipersonale, atto unilaterale redatto, a titolo gratuito, dal notaio in conformità ad un modello standard

riforma del 2013 è stata estesa la possibilità di costituire s.r.l. con capitale inferiore a 10.000 euro anche alle persone giuridiche.⁴¹ Al riguardo si osserva unicamente come questa nuova tipologia di società, sostanzialmente prive di rilevanti risorse economico-finanziarie, comporti un riconoscimento normativo (esplicito) della possibilità di esercitare un'attività produttiva “*senza esporre praticamente alcuna porzione del proprio patrimonio al rischio d'impresa, scaricando sul mercato l'intero rischio di insuccesso dell'iniziativa*”.⁴²

A prescindere da tali ultime considerazioni, è qui più rilevante sottolineare come la costituzione di società unipersonali consente, con oneri ed esborsi contenuti, di realizzare una separazione patrimoniale tra le diverse entità del gruppo effettiva ed assolutamente perfetta. Proprio questo aspetto rappresenta la differenza più significativa a scapito dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, ove la società resta sempre illimitatamente responsabile per le obbligazioni conseguenti ad un fatto illecito compiuto nell'ambito dell'esecuzione del medesimo specifico affare,⁴³ come da espressa previsione dell'art. 2447-*quinquies*, co III, secondo periodo, c.c. che stabilisce che “*Resta salva tuttavia la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito*”.⁴⁴

di cui al d.m. 138/2012, non modificabile dalle parti *ex art.* 2463-*bis* c.c. Il capitale deve essere di almeno un euro ed il conferimento deve essere in denaro e deve venire versato per intero alle persone cui è affidata l'amministrazione della società costituenda Per un maggior approfondimento sul tema v. A. DACCÒ, *I sub modelli di s.r.l.*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto Commerciale*, vol. 3, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 728 ss.

⁴¹ L'art. 9, co. XV *ter*, d.l. 76/2013 (convertito con modificazioni nella l. 99/2013) ha introdotto il VI comma dell'art 2463 c.c. ai sensi del quale “*L'ammontare del capitale può essere determinato in misura inferiore a euro diecimila, pari almeno a un euro. In tal caso i conferimenti devono farsi in denaro e devono essere versati per intero alle persone cui è affidata l'amministrazione*”.

⁴² DACCÒ, *I sub modelli di s.r.l.*, cit., p. 732.

⁴³ SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447bis – 2447decies c.c.*, cit., p. 20.

⁴⁴ Come precisato da SANTAGATA, *I patrimoni destinati a “specifici affari”*, cit., p. 801, la citata disposizione ha duplice valenza, la stessa comporta infatti sia che i c.d. creditori involontari possono sempre fare valere le pretese sull'intero patrimonio sociale, sia che le obbligazioni da fatto illecito sorte nell'ambito della gestione ordinaria della società possono essere soddisfatte non solo con il patrimonio sociale ma anche con i compendi destinati.

Da quanto appena esposto può apparire maggiormente conveniente (e sicuro nel caso di attività connotate da un rilevante profilo di rischio imprenditoriale) l'articolazione della responsabilità patrimoniale delle società attraverso la costituzione di nuove persone giuridiche e la conseguente moltiplicazione di enti rispetto all'istituzione di patrimoni destinati.

Inoltre, non può non rilevarsi altresì come, pur essendo il risultato “pratico” raggiunto tramite la costituzione di società controllate uguale a quello cui è volta la costituzione di patrimoni destinati, sussista una rilevante differenza tra i due strumenti sotto un profilo giuridico-formale. In specie nell'istituto previsto dagli artt. 2447-*bis* e ss. c.c. la separazione del patrimonio societario per destinarla alla realizzazione dello specifico affare non comporta alcun trasferimento a favore di un soggetto “ulteriore” rispetto alla società che sta realizzando la medesima operazione. L'unica conseguenza è infatti la creazione di un vincolo di destinazione sui beni destinati allo specifico affare, restando la gestione degli stessi in capo alla predetta società.

A fronte di due o più patrimoni pertanto si ha un unico titolare degli stessi, essendo il patrimonio destinato privo di qualsiasi forma di soggettività giuridica. Da ciò consegue che la volontà che viene manifestata all'esterno ai fini del perseguimento dell'affare è sempre imputata alla società, non potendo essere ricollegata al singolo patrimonio.⁴⁵

Diversa è, chiaramente, la situazione generata a seguito della costituzione di società controllate, ove vengono istituiti distinti ed autonomi centri d'imputazione di interessi.

Va poi sottolineato come la costituzione di società controllate non è sottoposta al rispetto di limiti quantitativi concernenti i beni conferiti, mentre si ricorda che l'art. 2447-*bis*, co. II, c.c. dispone inderogabilmente che i patrimoni destinati “operativi” non possono corrispondere ad “*un valore superiore al dieci per cento del patrimonio della società*”.⁴⁶

⁴⁵ FERRUCCI-FERRENTINO, *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, cit., p. 1299, nota 2312.

⁴⁶ Questo aspetto pur potendo rappresentare un limite per le s.p.a. che intendono “isolare” parte del loro patrimonio, non può però essere visto come un'arbitraria scelta del legislatore, rispondendo al contrario ad un'esigenza di tutela sia dei creditori

Siffatto limite, seppur necessario per i motivi di cui si è detto *supra*, rischia a detta di alcuni autori di rendere l'istituto qui in parola poco competitivo con riguardo a rilevanti operazioni finanziarie (c.d. *project financing*), ma anche nei casi in cui la costituzione del patrimonio destinato sia funzionale alla realizzazione di strutture patrimoniali multidivisionali omogenee.⁴⁷

Infine mentre non si ravvisa nel caso di costituzione di società controllate alcun diritto di opposizione in capo ai creditori sociali, lo stesso non si può dire nel caso di patrimoni destinati a specifici affari, per i quali tale diritto è espressamente garantito dall'art. 2447-*quater*, co. II, c.c. In realtà sul punto non si ritiene di condividere pienamente l'opinione della dottrina che pare ravvisare in quest'aspetto un ulteriore elemento a vantaggio della costituzione delle società controllate nel confronto con i patrimoni destinati.⁴⁸ Si osserva al riguardo come il diritto di opposizione da parte dei creditori rappresenti una modalità di tutela del credito ed un'estrinsecazione del principio di trasparenza che ha particolare vigore nell'ambito dei patrimoni destinati ma non comporta per questo una limitazione all'uso di questo strumento da parte delle s.p.a. interessate. Salvo situazioni patologiche non sussistono infatti, almeno sotto un profilo teorico, ragioni per cui i creditori sociali dovrebbero opporsi, considerato in particolare che la loro posizione continua in ogni caso ad essere garantita dal citato limite stabilito dall'art. 2447-*bis*, co. II, c.c.

6. *Finalità del patrimonio destinato "operativo": i pregi nascosti dell'istituto regolato dagli artt. 2447-*bis* e ss. c.c.*

L'istituzione, all'interno di una società per azioni, di un patrimonio destinato è volta – alla luce di quanto sopra esposto – alla rimozione

sociali preesistenti all'istituzione del patrimonio destinato, sia dei soci della s.p.a. (v. *supra*).

⁴⁷ CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, cit., p. 2983, ove viene sottolineato in specie che "La fissazione di tale limite risulta poi contraddittoria rispetto alla dichiarata equivalenza funzionale con la costituzione della società con il vantaggio dell'eliminazione dei costi." e che "In generale tale limite è stato considerato una delle cause di insuccesso di questo istituto."

⁴⁸ SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447-*bis* – 2447-*decies* c.c.*, cit., p. 22.

degli ostacoli alla titolarità da parte della medesima persona giuridica di più imprese o rami d'azienda mantenendo una distinta imputazione dei ricavi e delle perdite da ciascuno di questi maturati. Sicché diviene possibile per le società multicomparto o per quelle operanti in mercati soggetti a distinti ordinamenti giuridici (c.d. società multinazionali unidivisionali) di realizzare una “*segmentazione della propria attività d'impresa coadiuvata da una 'segregazione patrimoniale' con rilievo reale*”.⁴⁹

A contempo, a dispetto delle considerazioni formulate nel precedente capitolo e della scarsa applicazione di cui si è detto, l'istituto in parola presenta la possibilità di garantire i creditori del patrimonio destinato in maniera più efficace rispetto al caso in cui siano istituite delle società controllate.

Non può infatti passare in secondo piano come i creditori “generalisti” della società non possano esercitare – al fine di soddisfare le proprie pretese – alcun tipo di azione contro il patrimonio destinato ex artt. 2447-*bis* c.c. Diversamente, è noto che i creditori della società controllante possono procedere all'esproprio della quota della controllata totalitaria, essendo la stessa un bene del patrimonio della prima sul quale è possibile costituire diritti reali di garanzia.⁵⁰

Altro profilo che potrebbe indurre le s.p.a. a prediligere i patrimoni destinati rispetto alla creazione di una società *ad hoc* è quello relativo a costi e tempi di costituzione, mantenimento (e poi estinzione) della stessa società controllata.⁵¹ Il risparmio dovrebbe rilevare sia sotto il profilo fiscale, non implicando la destinazione patrimoniale alcun trasferimento di beni o rapporti giuridici (venendo gli stessi solamente assoggettati ad un diverso regime di responsabilità), sia con riferimento alle spese amministrative, non dovendoci essere costi ulteriori da parte

⁴⁹ SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447bis – 2447decies c.c.*, cit., p. 19.

⁵⁰ SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447bis – 2447decies c.c.*, cit., p. 20.

⁵¹ FERRUCCI-FERRENTINO, *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, cit., p. 1299.

Anche SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447bis – 2447decies c.c.*, cit., p. 21, osserva in specie come alla base della riforma societaria vi fosse il presupposto “*della non convenienza della costituzione di nuove società controllate unipersonali per la realizzazione di un singolo affare, di durata tendenzialmente circoscritta nel tempo*”.

degli organi predisposti al controllo del funzionamento interno e del patrimonio della società.

Sul punto è stato però osservato come la delibera che ai sensi dell'art. 2447-ter c.c. determina la costituzione del patrimonio destinato soggiace – esattamente come l'atto costitutivo della società controllata – ad un controllo di legalità effettuato da parte di un notaio.

Inoltre non vanno dimenticati i costi di consulenza legale e fiscale per la fattibilità e convenienza dell'operazione che l'istituzione di un patrimonio destinato richiederebbe. Questi sono certamente maggiori rispetto a quelli necessari, per lo stesso fine, nel caso in cui si decidesse di costituire una società a responsabilità limitata unipersonale, essendoci in questo caso molte meno problematiche da affrontare, grazie ad una disciplina più chiara rispetto a quella qui in esame.⁵²

Pertanto anche i costi dell'operazione societaria che, *prima facie*, avrebbero dovuto rappresentare uno dei maggiori vantaggi dei patrimoni destinati, non possono essere ritenuti oggi così significativi da rappresentare il criterio dirimente nella scelta di questo istituto.

Non va però trascurato un ultimo aspetto che sembra deporre a favore dei patrimoni destinati, ossia la flessibilità operativa che consente agli stessi di essere adoperati facilmente e con una certa “speditezza”, in modo da permettere alle s.p.a. di adattarsi ai cambiamenti e alle difficoltà interne o del mercato. Questo aspetto risulta particolarmente utile per le imprese che operano su commessa,⁵³ nonché per quelle società potenzialmente interessate a mutare la propria struttura per il tramite di scissioni o scorporazioni che intendono preventivamente porre in essere una modificazione provvisoria della medesima organizzazione aziendale.

Allo stesso tempo i patrimoni destinati appaiono utili strumenti per le imprese in crisi che vogliono isolare i c.d. *bad business* al fine di tentare di ottenere nuovi finanziamenti nelle attività societarie che invece continuano ad avere buoni margini di sviluppo.⁵⁴

⁵² SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447bis – 2447decies c.c.*, cit., p. 21.

⁵³ SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447bis – 2447decies c.c.*, cit., p. 22, riporta l'esempio delle società attive nei cantieri nautici, nello sviluppo di *software* o nei centri di ricerca.

⁵⁴ SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447bis – 2447decies c.c.*, cit., pp. 22-23, l'autore con specifico riferimento alla “flessibilità” dei patrimoni

Negli ultimi anni si registrano sporadici interventi del legislatore⁵⁵ al fine di dare nuova linfa ai patrimoni destinati e favorirne diffusione. L'ultimo in ordine di tempo è contenuto nel d. lgs. 117/2017 che ha fornito specifica disciplina organica in materia di enti del c.d. "Terzo settore". In particolare al fine di favorire la crescita economica delle attività presenti nel settore del volontariato e della solidarietà cui detto testo di legge è rivolto, il legislatore ha, *inter alia*, concesso agli stessi

destinati di cui si è detto pare identificare questo aspetto come uno dei vantaggi dei patrimoni destinati riguardo ai quali "l'ammissibilità di una società a responsabilità limitata con capitale sociale di un euro [non] possa influire in modo decisivo".

⁵⁵ CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, cit., pp. 2983-2984, ricordano in particolare il d.lgs. 11/2010 che ha introdotto nel t.u.b. l'art. 114-terdecies, ai sensi del quale "Gli istituti di pagamento che svolgano anche attività imprenditoriali diverse dalla prestazione dei servizi di pagamento, autorizzati ai sensi dell'articolo 114-novies, comma 4, devono costituire un patrimonio destinato per la prestazione dei servizi di pagamento e per le relative attività accessorie e strumentali.[...]" (art. 114-terdecies, co. I, t.u.b. che rimanda poi espressamente all'art. 2447-quater, co. II, c.c.). Il particolare istituto disciplinato dal t.u.b. rappresenta una sorta di patrimonio destinato "ibrido" perché da un lato il secondo comma della norma in parola pare delineare una perfetta separazione patrimoniale ("Decorso il termine di cui al secondo comma dell'articolo 2447-quater del codice civile ovvero dopo l'iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento del tribunale ivi previsto, i beni e i rapporti giuridici individuati sono destinati esclusivamente al soddisfacimento dei diritti degli utenti dei servizi di pagamento e di quanti vantano diritti derivanti dall'esercizio delle attività accessorie e strumentali e costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello dell'istituto e dagli altri eventuali patrimoni destinati. Fino al completo soddisfacimento dei diritti dei soggetti a cui vantaggio la destinazione è effettuata, sul patrimonio destinato e sui frutti e proventi da esso derivanti sono ammesse azioni soltanto a tutela dei diritti dei predetti soggetti. Si applica l'articolo 114-duodecies, comma 2."), e l'art. 114-terdecies, co. IV, t.u.b. disciplina una regolamentazione simile a quella presente all'art. 2447-sexies c.c. circa i libri obbligatori e le altre scritture contabili, dall'altro il terzo comma dell'art. 114-terdecies t.u.b. fornisce una maggior tutela dei creditori del patrimonio destinato: "In caso di incapacità del patrimonio destinato l'istituto di pagamento risponde anche con il proprio patrimonio delle obbligazioni nei confronti degli utenti dei servizi di pagamento e di quanti vantano diritti derivanti dall'esercizio delle attività accessorie e strumentali."

Gli stessi autori riportano altresì la disciplina del contratto di rete (introdotto dall'art. 4-ter d.l. 5/2009 e ss. mm.). Detta norma ha infatti stabilito la possibilità per lo stesso contratto di rete di "prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso. Il contratto di rete che prevede l'organo comune e il fondo patrimoniale non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4-quater ultima parte." Tale "fondo patrimoniale comune" rappresenta un caso di autonomia patrimoniale senza che venga istituito un nuovo autonomo soggetto e appare per molti versi assimilabile ai patrimoni destinati ex art. 2447-bis c.c.

enti – purché siano dotati di personalità giuridica e siano iscritti nel registro delle imprese – la possibilità di costituire uno o più patrimoni destinati ad uno specifico affare ai sensi e per gli effetti degli artt. 2447-*bis* e ss. c.c. (v. art. 10, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117).

7. Conclusioni

Concludendo, non può non evidenziarsi che la disciplina dei patrimoni destinati avrebbe dovuto essere predisposta in maniera più chiara e completa, nonché più “conveniente” (soprattutto sotto il profilo fiscale) per le s.p.a. al fine di favorirne l'utilizzo e di incentivare gli investimenti in attività connotate da un significativo rischio imprenditoriale-finanziario.

In questo modo infatti pur consentendo alle società investitrici di contenere gli effetti pregiudizievoli conseguenti ad un eventuale fallimento dell'affare, sarebbe stata comunque assicurata una rilevante solidità patrimoniale a vantaggio dei creditori, data dalla sussistenza di un unico soggetto giuridico e dalla responsabilità “solidale” del patrimonio societario nel caso di danni extracontrattuali. Si è infatti osservato⁵⁶ come nel caso di obbligazioni conseguenti ad un fatto illecito, l'art. 2447-*quinquies* c.c. disponga – in maniera non derogabile dall'autonomia privata – la possibilità per il creditore di far valere le proprie pretese contro tutto il patrimonio societario. Se si considera che le somme esposte con queste obbligazioni possono essere assolutamente ingenti (si pensi a casi di concorrenza sleale, piuttosto che ai danni arrecati dai lavoratori nell'esercizio delle incombenze cui sono adibiti), la norma in parola rappresenta una forma di tutela creditizia di primaria importanza, certamente capace di rendere gli investitori più propensi a collaborare con la s.p.a. che ha istituito il patrimonio destinato.

Diversamente nel quadro giuridico attuale i compendi destinati appaiono ricoprire unicamente il ruolo di “ruota di scorta” rispetto alla possibilità di costituire nuove società controllate.

Tale scenario però comporta, ad avviso di chi scrive, l'insorgere di un'eccessiva (e pericolosa) frammentarietà dei soggetti giuridici dotati

⁵⁶ V. *supra*.

di scarsa solidità patrimoniale con conseguente rischio per i creditori di non vedere soddisfatte le proprie pretese.⁵⁷

Soprattutto nel caso di costituzione di s.r.l. con capitale sociale inferiore a 10.000 euro aumenta infatti la possibilità che queste – in particolare se l'affare per cui sono state costituite si riveli un insuccesso – non siano in grado di far fronte ai debiti contratti con conseguenti gravi perdite per i creditori. A ciò consegue in primo luogo una crescente incertezza e diffidenza degli stessi creditori, restii ad investire in soggetti giuridici dotati di una scarsissima garanzia patrimoniale. Tali criticità sono ancora più evidenti nell'ipotesi, dianzi accennata, di insorgenza di obbligazioni conseguenti a fatti illeciti compiuti dalle stesse società controllate, con ogni probabilità non prevedibili al momento in cui è stato posto in essere l'affare. Infatti, a fronte dell'autonomia patrimoniale assolutamente perfetta che contraddistingue controllata e controllante, i creditori non avranno diritto ad alcun tipo di azione nei confronti di quest'ultima, a differenza di quanto invece accadrebbe nel caso di patrimonio destinato.

Sicuramente quindi l'istituzione di società controllate è particolarmente "appetibile" per chi intende investire in un certo affare, ma non per i creditori, che rischiano concretamente di vedere insoddisfatte le proprie pretese. Questo aspetto non può non essere tenuto in considerazione in un panorama giuridico come quello italiano, ove il recupero del credito si rivela un'operazione connotata da elevati costi, lunghe tempistiche e, spesso, scarse possibilità di ottenere l'importo cui si avrebbe diritto.

In conclusione, alla luce di quanto sopra esposto, si ravvisa la possibilità che la diffusione di soggetti giuridici scarsamente in grado di garantire i debiti necessari alla loro attività, frenando gli investimenti, generi un rallentamento del mercato con una conseguente minor circolazione della ricchezza e più limitate possibilità di sviluppo per le imprese. Evenienza, questa, cui si potrebbe, almeno parzialmente, far fronte con l'istituzione di patrimoni destinati, capaci, per i motivi di cui

⁵⁷ Tra gli altri, A. DACCÒ, *I gruppi di società*, in M. CIAN (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 582, ha osservato come i creditori sociali delle società controllate – insieme ai soci di minoranza – siano i soggetti più esposti al verificarsi di eventi patologici nell'ambito dei gruppi.

si è detto *supra*, di fornire una più efficace garanzia del credito a cui seguirebbe verosimilmente una crescente propensione all'investimento.

Potrebbe pertanto rivelarsi una mossa opportuna un intervento in tal senso da parte del legislatore, in grado di definire univocamente gli aspetti della disciplina dei compendi destinati rimasti incerti e di favorirne l'utilizzo rendendoli fiscalmente ed economicamente più vantaggiosi rispetto alla costituzione di nuovi soggetti giuridici. In questo modo l'istituzione di patrimoni destinati *ex artt. 2447-bis* e ss. c.c. da un lato rappresenterebbe un vantaggio concreto ed immediato per le s.p.a. che intendono realizzare determinati affari e dall'altro contribuirebbe a tutelare maggiormente i crediti degli investitori e degli altri operatori del mercato.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AMORE G., *La trascrizione ex art. 2645-ter c.c. fra destinazione e separazione patrimoniale*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2014; BALZARINI P. - STRAMPELLI G., *I finanziamenti dedicati ad uno specifico affare*, in *Riv. soc.*, 2012; BIANCA M., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. notariato*, 2006; BIANCA M., *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. notariato*, 2009; CEOLIN M., *Destinazione e vincolo di destinazione nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2010; CIAN G. - TRABUCCHI A., *Commentario breve al codice civile*, Cedam, Padova, 2018; DACCÒ A., *I gruppi di società*, in CIAN M. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2018; DACCÒ A., *I sub modelli di s.r.l.*, in CIAN M. (a cura di), *Diritto Commerciale*, Giappichelli, Torino, 2017; FERRUCCI A. - FERRENTINO C., *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2012; GENTILONI SILVERI F., *Patrimoni costituiti con prevalente apporto di terzi*, in *Giur. comm.*, 2016; PORTALE G.B., *Dal capitale "assicurato" alle "tracking stocks"*, in *Riv. soc.*, 2002; PORTALE G.B., *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con "capitale destinato" (Capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2010; ROJAS ELGUETA G., *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007; ROCCO DI TORREPADULA N., *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2004; SALAMONE L., *Il finanziamento dei patrimoni destinati a "specifici affari"*, in *Giur. comm.*, 2006; SANTAGATA R., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447bis – 2447decies c.c.*, in P. SCHLESINGER P. - BUSNELLI F. D. (a cura di), *Il Codice civile Commentario*, Giuffrè, Milano, 2014; SANTAGATA R., *I patrimoni destinati a "specifici affari"*, in CIAN M. (a cura di), *Diritto Commerciale*, vol. 3, Giappichelli, Torino, 2017; SANTAGATA R., *Oggetto sociale ed articolazioni*

dell'attività imprenditoriale, in *Riv. soc.*, 2007; TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2019.

ABSTRACT

A seguito della riforma del diritto societario avvenuta con il d.lgs. 6/2003, è stata resa possibile la costituzione da parte delle s.p.a. di patrimoni destinati ad uno specifico affare ai sensi della normativa di cui agli artt. 2447-*bis* e ss. c.c. In particolare viene disciplinata la possibilità per una società di isolare uno specifico affare dal resto della propria attività, destinandovi parte del patrimonio societario e creando così la separazione giuridica ed economica dei beni destinati al medesimo rispetto al resto del capitale sociale. Il compendio destinato risponde infatti in via esclusiva delle obbligazioni contratte in relazione all'affare e al contempo su questo non possono soddisfarsi i creditori esterni allo stesso. Si osserva pertanto come in un ordinamento giuridico contraddistinto dal principio della *par condicio creditorum* di cui all'art. 2741, co. I, c.c. e dal principio di universalità della responsabilità del debitore *ex* art. 2740, co. I, c.c., l'istituto in oggetto rappresenti una delle più rilevanti eccezioni. Inoltre, va però preso atto di come l'applicazione pratica di tale istituto risulti, ad oggi, marginale. Parte dell'indagine di cui al presente contributo sarà quindi dedicata ad analizzare le cause e le ragioni del mancato (o perlomeno parziale) utilizzo dell'istituto regolato dagli artt. 2447-*bis* e ss. c.c., per ipotizzare di seguito le modalità per favorirne la diffusione nella realtà societaria italiana ed i vantaggi che ne potrebbero conseguire.

Following the company law reform put in place by the Legislative Decree 6/2003, limited companies (società per azioni) have the possibility to establish assets dedicated to a specific business activity in accordance with the regulations contained in articles 2447-bis and ff. of the Italian Civil Code. Specifically, such law provisions provide a company with the possibility to isolate a specific business activity from the rest of its activities. Such instrument enables the company to allocate part of its assets to said specific activity, thus creating the legal and economic separation of the assets dedicated to it from the rest of the share capital. As a matter of fact, the company is liable only with dedicated assets for the obligations contracted in relation to the specific business activity and at the same time creditors external to such activity cannot be paid through the latter. It is therefore necessary to observe that the described instrument represents one of the most relevant exceptions in a legal system characterized by the par condicio creditorum principle pursuant to art. 2741, par. I, Italian Civil Code and by the principle of universality of the debtor's liability pursuant to art. 2740, par. I, Italian Civil Code. It should also be noted that the practical application of this juridical instrument is so far marginal. Part of the research contained in this article will therefore be dedicated to analyse the causes and reasons for the avoided (or at least partial)

use of the instrument regulated by art. 2447-bis and ff. of the Italian Civil Code; the intention is to portray how to support its use by Italian companies and demonstrate the advantages that could result from it.

OSCAR CALAVITA*

LA CONTRO-RIFORMA BONAFEDE DELLE
INTERCETTAZIONI: SUL CAPTATORE INFORMATICO
RIMANGONO ALCUNE PERPLESSITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L'evoluzione "storica" della disciplina del captatore informatico. 3. Un'occasione mancata?

1. *Premessa*

Il tema delle intercettazioni è nuovamente al centro dell'attenzione. Ancora una volta, in soli due anni, si assiste alla terza modifica legislativa della disciplina di questo mezzo di ricerca della prova, per quanto la seconda abbia interessato il solo tema delle captazioni virali¹.

Il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, convertito con modificazioni dalla l. 28 febbraio 2020, n. 7 (c.d. "contro-riforma Bonafede"), mantiene solo alcune modifiche apportate due anni prima dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, attuativo della legge delega 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. "riforma Orlando")², e ripristina in linea di massima l'impianto codicistico previgente. La disciplina da ultimo citata, peraltro, non ha mai trovato applicazione a causa delle continue postergazioni della sua entrata in vigore, da ultimo al 31 dicembre 2019, data che è stata ulteriormente prorogata sino al 30 aprile 2020, in sede di conversione, dal d.l. n. 161 del 2019³.

* Dottorando di ricerca in Diritti e Istituzioni (Diritto processuale penale) presso l'Università degli Studi di Torino. Avvocato del Foro di Torino.

¹ Si allude a alla l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. "legge spazzacorrotti").

² Per un commento alla riforma v. S. RENZETTI, *Una riforma (radicale?) per tornare allo spirito originario della legge: la nuova disciplina acquisitiva delle intercettazioni tra legalità, diritto vivente e soft law*, in *Leg. pen. web*, 04 aprile 2018.

³ L'art. 9 d.lgs. n. 216 del 2017 prevedeva originariamente l'entrata in vigore della nuova disciplina trascorsi 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto. Successivamente l'art. 2 d.l. 25 luglio 2018, n. 91 ha prorogato il termine al 31 marzo 2019; l'art. 1, comma 1139, lett. a), n.1, l. 30 dicembre 2018, n. 145 ha prorogato il termine al 31 luglio 2019; l'art. 9, comma 2, lett. a), d.l. 14 giugno 2019, n. 53 ha

Secondo parte della dottrina⁴, la scelta di continue proroghe è stata dettata per scongiurare possibili complessità procedurali, dovute perlopiù alla distinzione tra verbali delle operazioni e annotazioni di P.G.⁵, nonché per perfezionare il bilanciamento dei diritti alla riservatezza, alla difesa e al necessario esercizio dell'azione penale⁶.

Da un punto di vista generale, la riforma – salutata con favori da taluni⁷ e criticata da altri⁸ – tratta da vicino quasi tutti gli aspetti dinamici della disciplina, tra cui si annoverano la segretezza e pubblicazione delle intercettazioni, l'archivio delle stesse e la conservazione degli atti al suo interno, i rapporti tra P.G. e P.M., il ruolo di quest'ultimo e del giudice, la selezione, l'acquisizione e la trascrizione delle intercettazioni rilevanti, l'udienza stralcio, i diritti delle difese e il captatore informatico⁹.

prorogato il termine al 31 dicembre 2019; l'art. 1, comma 1, n. 1 ha inizialmente prorogato il termine al 29 febbraio 2020, mentre in sede di conversione l'art. 1, comma 1, l. n. 7 del 2020 ha ulteriormente prorogato il termine al 30 aprile 2020.

⁴ G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Sist. pen.*, fasc. 1/2020, p. 47. V. anche M. GRIFFO, *Il trojan e le derive del terzo binario*, in *Sist. pen.*, fasc. 2/2020, p. 68.

⁵ V. G. GIOSTRA, *L'impraticabile meccanismo di selezione delle intercettazioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 dicembre 2017.

⁶ Sul punto si vedano le dichiarazioni del Ministro della Giustizia, on. Alfonso Bonafede, in sede di audizione dinanzi alle competenti commissioni parlamentari dell'11 luglio 2018, il quale evidenzia come la "riforma Orlando" «Non riesca nell'obiettivo di assicurare un effettivo contemperamento dei diversi interessi richiamati. Le modifiche introdotte, anzi, appaiono come un dannoso passo indietro sulla strada della qualità ed efficacia delle indagini e rispetto alla corretta distribuzione dei compiti funzionali tra i diversi soggetti coinvolti. Si tratta di un testo che ha suscitato i rilievi critici tanto dei magistrati requirenti, quanto della classe forense». V. anche C. GITTARDI, *La riforma delle intercettazioni: le Procure in mezzo al guado*, in *www.giustiziainsieme.it*.

⁷ D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *Sist. pen.*, fasc. 2/2020., pp. 71 ss.

⁸ G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza*, op. cit., pp. 47 ss.; G. PESTELLI, *La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre 2019 n. 161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità*, in *Sist. pen.*, fasc. 2/2020, pp. 109 ss.

⁹ Le modifiche hanno riguardato gli artt. 114, 242, 266, 267, 268, 269, 270, 291, 293, 295, 415-bis, 422, 454, 472 c.p.p., nonché gli artt. 89, 89-bis, 92 disp. att. c.p.p. Gli artt. 268-bis, 268-ter, 268-quater e l'art. 493-bis c.p.p., invece, sono stati

In questa sede si vuole affrontare il tema delle indagini intercettive ubiquitarie mediante captatore informatico¹⁰ che, sebbene abbia subito un intervento “minimalista” ad opera del d.l. n. 161 del 2019, lascia aperti alcuni interrogativi.

integralmente abrogati. Infine, sono stati modificati gli artt. 6 e 9 del d.lgs. n. 216 del 2017.

¹⁰ Per un approfondimento sul tema del captatore informatico, sulle sue potenzialità e sul regime codicistico si rinvia a: L. ANNUNZIATA, *Trojan di Stato: l'intervento delle Sezioni Unite non risolve le problematiche applicative connesse alla natura del captatore informatico*, in (AA. VV.) *Trojan horse: tecnologia, indagini e garanzie di libertà (profili di intelligence)* in www.parolaalladifesa.it, 06 settembre 2016; M. BONTEMPELLI, *Il captatore informatico in attesa della riforma*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 dicembre 2018; P. BRONZO, *intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in G. GIOSTRA-R. ORLANDI (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Giappichelli, Torino, 2018; F. CAPRIOLI, *Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, pp. 483-510; C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlando”*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017; D. CURTOTTI, *Il captatore informatico nella legislazione italiana*, in *Jusonline*, 3, 2017, p. 385; L. FILIPPI, *L’ispe-perqui-intercettazione “itinerante”: le Sezioni unite azzeccano la diagnosi ma sbagliano la terapia*, in (AA. VV.) *Trojan horse: tecnologia, indagini e garanzie di libertà (profili di intelligence)*, in www.parolaalladifesa.it, 06 settembre 2016; L. GIORDANO, *Dopo le Sezioni Unite sul “captatore informatico”: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017; M. GRIFFO, *Una proposta costituzionalmente orientata per arginare lo strapotere del captatore*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2/2018; G. LASAGNI, *L’uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni “fra presenti”*, in www.penalecontemporaneo.it, 07 ottobre 2016; S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 02, 2015, p. 766; D. MINOTTI, *Captatore informatici: per un ponte tra diritti e informatica*, in (AA. VV.) *Trojan horse: tecnologia, indagini e garanzie di libertà (profili di intelligence)* in www.parolaalladifesa.it, 06 settembre 2016; C. PELOSO, *La tutela della riservatezza nell’era delle nuove tecnologie: la vicenda dei captatori informatici per le intercettazioni tra presenti nei reati di terrorismo*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 1/2017; C. PINELLI, *Sull’ammissibilità di restrizioni alla libertà di domicilio e alla libertà di comunicazione tramite “virus di Stato”*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017; F. RUGGERI, *L’impatto delle nuove tecnologie: il captatore informatico. L’art. 1 c. 84 lett. e del d.d.l. Orlando: attuazione e considerazioni di sistema*, in *Jusonline*, 3, 2017; S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, Torino, 2018; P. TONINI, *I captatori informatici*, in *Jusonline*, 3, 2017, p. 380; M. ZONARO, *Aspetti tecnici e operativi per l’utilizzo di un innovativo strumento di intercettazione*, in (AA. VV.) *Trojan horse: tecnologia, indagini e garanzie di libertà (profili di intelligence)*, in www.parolaalladifesa.it, 06 settembre 2016.

2. L'evoluzione "storica" della disciplina del captatore informatico

Il tema delle captazioni informatiche ha assunto sempre maggior peso all'interno delle indagini preliminari, essendo il virus informatico uno strumento poliedrico capace di possedere a tutto tondo lo strumento bersaglio. Il *trojan horse*, una volta inoculato, permette all'agente intrusore di prendere il controllo del dispositivo infettato all'insaputa del suo proprietario e di agire da remoto, consentendo – tra le altre cose – di effettuare *screenshot* e *screencast*, geolocalizzare il dispositivo, accedere ai dati presenti sull'*hard disk* ed estrarne copia, attivare il microfono e la videocamera, oltre a "intercettare" la messaggistica *social* crittografata, generalmente non monitorabile¹¹.

Nel perdurante silenzio legislativo e considerate le potenzialità tecniche con le quali era necessario confrontarsi nell'applicazione pratica, le Sezioni Unite della Corte di cassazione erano intervenute per tentare di sciogliere alcune problematiche esegetiche. Secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite Scurato¹² la captazione mediante virus informatico era da sussumere nella disciplina codicistica di cui agli artt. 266 ss. c.p.p. ed era possibile ricorrervi solo nei procedimenti relativi alla criminalità organizzata. La disciplina derogatoria di questi ultimi di cui all'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, infatti, consentiva (e consente) di non indicare in anticipo i luoghi in cui effettuare le

¹¹ Le principali piattaforme di *social network* utilizzano una crittografia del tipo *end to end* che permette di rendere impermeabile agli attacchi esterni il contenuto della conversazione, ma non impedisce di sapere che è un determinato messaggio è stato mandato da un'utenza mittente a una destinataria. In altre parole, si conosce il fatto storico che Tizio ha mandato un messaggio a Caio, ma non se ne può conoscere il contenuto, a meno che non si sequestri il dispositivo e venga estratta copia forense (o ci si introduca al suo interno con il captatore). Le principali app di messaggistica istantanea coperte da crittografia *end to end* sono *Whatsapp*, *Telegram*, *Skype*, *Snapchat*, *Messenger*, *Instagram*, *Twitter*, *Wechat*, *WebPhone*, *Gmail*, *My-B-Line*, *PowerVoip*, *uVOIPit*, *Lingo*, *VoiPax*, *Wor(l)d softSim*, *Viber*, *vBuzzer*, *VoipBuster*, *MOBIVOX*, *Line2*, *Skebby*, *MyCallingBox*, *InTouchApp*, *Miglu*, *Voxtopia*, *Poketalk*, *Fring*, *EvaPhone*, *PC-Telephone*, *Rebtel*, *VoxOx*, *Vyke*, *Yahoo Voice*, *FriendCaller*, *FaceTime*, *MagicJack*, *Vonage*, *Google Voice*, *Tru*, *Vopium*, *Call*, *ooVoo*, *JAJAH* (sul punto v. M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 22 (nota n. 2) e M. DI STEFANO-B. FIAMMELLA, *Intercettazioni: remotizzazione e diritto di difesa nell'attività investigativa (profili di intelligence)*, Altalex, Milano, 2015).

¹² Cass., Sez. Un., 01 luglio 2016, n. 26889, Scurato, in *CED* n. 266905.

intercettazioni¹³. In relazione ai reati “ordinari”, secondo il Supremo Collegio, non sarebbe stato possibile procedere con le intercettazioni ubiquitarie a causa dell’impossibilità di indicare con precisione i luoghi in cui la captazione si sarebbe svolta.

Sulla base di tale quadro esegetico si è inserito il d.lgs. n. 216 del 2017 che, per un verso, ha ripreso gli approdi a cui erano giunte le Sezioni Unite Scurato, per altri, invece, ha disegnato una disciplina innovativa.

Il legislatore del 2017 si è fatto carico di normare unicamente la funzione intercettiva di captazione ambientale audiofonica (art. 267, comma 1, c.p.p.), così come stabilito dalla Cassazione, esclusivamente se operata su di un dispositivo elettronico portatile (art. 266, comma 2, c.p.p.). Lo stesso legislatore ha però esteso l’ambito di operatività della intercettazione virale anche ai delitti comuni previsti dall’art. 266, comma 1, c.p.p., in relazione ai quali è consentita nei luoghi di privata dimora se vi è il fondato motivo di ritenere che all’interno degli stessi si stia svolgendo l’attività criminosa. Per quanto riguarda i delitti di criminalità organizzata richiamati dalle Sezioni Unite Scurato, l’art. 266, comma 2 *bis*, c.p.p. prevede che si possano effettuare intercettazioni ambientali itineranti in ogni caso – a prescindere pertanto dall’indicazione del *fumus perdurantis criminis* all’interno dei luoghi di cui all’art. 614 c.p. – se si procede per i delitti richiamati dall’art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.

Per quanto riguarda la procedura applicativa, il giudice per le indagini preliminari deve indicare le ragioni che rendono necessaria la modalità virale e, nel caso in cui il procedimento verta su delitti diversi

¹³ Cass., Sez. Un., 01 luglio 2016, n. 26889, Scurato, in *CED* n. 266905: «L’intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l’installazione di un captatore informatico in un dispositivo elettronico è consentita nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata per i quali trova applicazione la disciplina di cui all’art. 13 del D.L. n. 151 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991, che consente la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza necessità di preventiva individuazione ed indicazione di tali luoghi e prescindendo dalla dimostrazione che siano sedi di attività criminosa in atto». La medesima sentenza precisa che il riferimento ai delitti di criminalità organizzata deve intendersi esteso a tutti i reati riconducibili alla fattispecie di cui all’art. 416 c.p.

da quelli di criminalità mafiosa, terroristica ed eversiva¹⁴, i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono (art. 267, comma 1, c.p.p.). In caso di urgenza, il pubblico ministero può procedere alle operazioni intercettive solo in relazione ai delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., indicando le ragioni d'urgenza che rendono impossibile attendere il decreto giudiziale¹⁵.

Il regime delle inutilizzabilità prevedeva che i risultati delle intercettazioni effettuate per mezzo del captatore non fossero utilizzabili per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto, salvo che fossero indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza (art. 270, comma 1 *bis*, c.p.p.). In questo modo, si restringeva l'ambito di operatività rispetto a quanto stabilito dal comma 1 dell'art. 270 c.p.p., che prevede l'inutilizzabilità dei risultati investigativi in procedimenti diversi da quello per cui si sta procedendo. Inoltre, ai sensi dell'art. 271, comma 1, c.p.p. non erano (e non sono ad oggi) utilizzabili le risultanze investigative acquisite in violazione della procedura autorizzativa dell'intercettazione *ex* art. 267, comma 1, c.p.p., nonché se delle operazioni non viene redatto il verbale o se la captazione è posta in essere al di fuori degli impianti di Procura, salvo che gli stessi siano inidonei o insufficienti. Non è ammessa, infine, l'utilizzazione dei dati acquisiti nelle operazioni preliminari all'inserimento del captatore (art. 271, comma 1 *bis*, c.p.p.).

Per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'art. 4 c.p.p., l'art. 6 d.lgs. n. 216 del 2017 prevedeva che si applicasse la disciplina derogatoria per i delitti di mafia di cui all'art. 13 d.l. n. 152 del 1991, ma che fosse comunque indispensabile procedere all'accertamento dello svolgimento dell'attività criminosa se la captazione ambientale

¹⁴ Oggi anche per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p.

¹⁵ Anche in questo caso oggi la norma fa riferimento anche ai delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p.

fosse avvenuta in un luogo di privata dimora. Invero, la disciplina per i delitti di mafia non richiede tale ultimo requisito, e consente di procedere alle intercettazioni in presenza di sufficienti indizi di reato, qualora il mezzo di ricerca della prova sia necessario ai fini dello svolgimento delle indagini, per un periodo di quaranta giorni prorogabile di 20¹⁶.

È opportuno precisare che l'art. 6 d.lgs. n. 216 del 2017 concernente i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione è l'unico che non ha visto rinviata la sua entrata in vigore ai sensi dell'art. 9 d.lgs. n. 216 del 2017 e ha così trovato immediata applicazione¹⁷. Si sta dunque assistendo, dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 216 del 2017, e sino al termine della proroga, a un parallelismo di procedure applicative, dal momento che si continua a fare ricorso all'utilizzo del captatore informatico in numerose occasioni, pur durante in periodo di congelamento della nuova disciplina¹⁸. È così possibile procedere all'intercettazione virale

¹⁶ La disciplina codicistica, invece, prevede che vi siano gravi indizi di reato, l'intercettazione sia assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini e il periodo di durata è stabilito in quindici giorni, prorogabile di quindici (art. 267, comma 1, c.p.p.).

¹⁷ Cass., Sez. VI, 15 novembre 2019, n. 52117. Sul punto v. anche la «Relazione su novità normativa. La legge 28 febbraio 2020, n. 7, conversione in legge con modificazioni del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161, Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni» della Corte di Cassazione del 23 marzo 2020, p. 6: «l'art. 6 d.lgs. n. 216 del 2017, come è stato già indicato, è una norma entrata in vigore ed efficace fin dal 26 gennaio 2018». Di diverso avviso in dottrina L. FILIPPI, *Riforme attuate, riforme fallite e riforme mancate degli ultimi 30 anni. Le intercettazioni*, in *Arch. pen. web.*, 21 novembre 2019, p. 42, secondo cui la circostanza che ai reati dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione «si applichino, in ragione dell'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 216 del 2017, le regole dettate dal citato art. 13, non pare idonea a determinare un'estensione *in malam partem* del *dictum* della menzionata pronuncia».

¹⁸ V., *ex multis*, Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2019, n. 8151; Cass., Cass., Sez. I, 27 novembre 2019, n. 7919; Sez. VI, 15 novembre 2019, n. 52117; Cass., 14 novembre 2019, n. 49783. Efficacemente Cass., Sez. I, 14 settembre 2018, n. 57542, §2: «L'intercettazione di comunicazioni tra presenti, mediante l'installazione di un captatore informatico in un dispositivo elettronico, nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata era pro-tempore assoggettata alla disciplina di cui al D.L. n. 151 del 1991, art. 13, conv. dalla L. n. 203 del 1991, la quale indipendentemente dalle disposizioni ex D.lgs. n. 216 del 2017 e dalla loro acquisita efficacia - consente la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza necessità di preventiva

seguendo i parametri giurisprudenziali tracciati dalle Sezioni Unite Scurato, quindi esclusivamente per i delitti associativi *ex art. 416 c.p.*, nonché se si procede in relazione per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena massima non inferiore ad anni cinque (art. 6 d.lgs. n. 216 del 2017, salve le precisazioni di cui *infra*).

Sulla normativa risultante dal d.lgs. n. 216 del 2017 è intervenuta la l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. “legge spazzacorrotti”¹⁹). La citata legge non stravolge la struttura codicistica risultante dal precedente intervento legislativo, ma si limita ad estendere l’ambito di operatività del captatore informatico nei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, equiparando²⁰, solamente ai fini intercettivi, questi ultimi ai delitti di criminalità mafiosa, terroristica ed eversiva di cui all’art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p. La novella del 2019 abroga il comma 2 dell’art. 6 d.lgs. n. 216 del 2017 che richiedeva il requisito del fondato timore di svolgimento dell’attività criminosa all’interno del domicilio per le intercettazioni ambientali effettuate mediante l’utilizzo del captatore informatico. Al contempo, modifica l’art. 266, comma 2 *bis*, c.p.p. e prevede che «l’intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all’articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell’articolo 4».

individuazione e indicazione di tali luoghi e prescindendo dalla dimostrazione che siano sedi di attività criminosa in atto, come esplicitamente chiarito da Sez. U, n. 26889 del 28/04/2016, Scurato, Rv. 266905».

¹⁹ Il riferimento è all’art. 1, comma 3, e all’art. 1, comma 4, lett. a) e b) l. n. 3 del 2019. Per una prima lettura della normativa in tema di captatore apportata dalla “legge spazzacorrotti” v. L. CAMALDO, *Le innovazioni introdotte dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2019. Ci si permette di rinviare anche a F. CAMPLANI-O. CALAVITA, *L’estensione dell’utilizzo del captatore informatico ai reati di corruzione: una prima lettura*, in *questa rivista*, fasc. 1/2019, pp. 171 ss.

²⁰ L’equiparazione è stata definita «odiosa» e «liberticida» da A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen. web*, 07 gennaio 2020, p. 2.

Non pare peregrino sostenere che l'abrogazione del comma 2 dell'art. 6 d.lgs. n. 216 del 2017 consenta di applicare per interno la disciplina derogatoria *ex* art. 13 d.l. n. 152 del 1991 ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione dall'entrata in vigore della "legge spazzacorrotti" e sino al 30 aprile 2020. Invero, sebbene la modifica dell'art. 266, comma 2 *bis*, c.p.p. entri in vigore dal 01 maggio 2020, l'art. 6 d.lgs. n. 216 del 2017, come visto, non è stato oggetto di postergazione. Ne consegue che l'art. 6 citato trova applicazione a decorrere dal 31 gennaio 2019 e consente, per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, di operare intercettazioni ambientali con captatore informatico nei luoghi di privata dimora, anche in assenza di un fondato motivo di ritenere che nei luoghi previsti dall'art. 614 c.p. si stia svolgendo un'attività criminosa²¹.

Infine, la "legge spazzacorrotti", nella medesima ottica di equiparazione dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione a quelli di mafia, terrorismo ed eversione, modifica l'art. 267, comma 1, c.p.p. e svincola il giudice per le indagini preliminari dall'indicare, nel decreto autorizzativo, i tempi e i luoghi in cui è consentita l'attività intercettativa itinerante. Tuttavia, non si comprende se per una svista o per scelta di politica criminale, non apporta modifiche all'art. 267, comma 2 *bis*, c.p.p. e, pertanto, il pubblico ministero non poteva procedere ad emettere un decreto d'urgenza e richiedere la successiva convalida al GIP.

Ancora recentemente il d.l. n. 161 del 2019, convertito con modificazioni in l. n. 7 del 2020, ha ulteriormente modificato la disciplina codicistica relativa al captatore informatico. In linea di prima approssimazione, il legislatore ha inteso inserire la figura dell'incaricato di pubblico servizio al fianco di quella del pubblico ufficiale, per i delitti contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'art. 4 c.p.p.²².

²¹ Nei lavori preparatori, peraltro, non si trova traccia di tale problema. Ci si limita a sostenere che l'abrogazione dell'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 216 del 2017 «ha natura di coordinamento con quanto previsto dall'art. 266 c.p.p. come modificato dall'art. 3 del disegno di legge» (<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01083175.pdf>).

²² Secondo parte della dottrina la precisazione «pare assolutamente superflua, posto che la precedente formulazione, introdotta dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3

Nello specifico, è stato interpolato l'art. 266, comma 2 *bis*, c.p.p. con l'affiancamento dell'incaricato di pubblico servizio al pubblico ufficiale. Inoltre, la medesima disposizione prevede oggi, per i delitti previsti dal Capo I del Titolo II del Libro II del Codice Penale²³, la previa indicazione «delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale». Questa ultima specificazione, per quanto debba essere osservata ai sensi dell'art. 124 c.p.p., pare sprovvista di sanzione processuale²⁴. Non è riconducibile ad alcuno dei casi di inutilizzabilità probatoria previsti dall'art. 271 c.p.p., né pare potersi affermare che sia un divieto probatorio imposto dalla legge (art. 191 c.p.p.). L'unica interpretazione, per quanto forzata, della norma potrebbe essere quella di ritenere che le ragioni che giustificano l'utilizzo del mezzo virale nei luoghi di privata dimora siano riconducibili ai presupposti del decreto giudiziale di autorizzazione (art. 267, comma 1, c.p.p.) che, come tale e in virtù del richiamo operato dall'art. 271 c.p.p., è coperto dalla sanzione dell'inutilizzabilità²⁵.

(c.d. “legge spazzacorrotti”), faceva ampio ed esaustivo riferimento alla generale categoria dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione che, efficacemente, rimanda, nel suo complesso, ai delitti previsti dal capo I del titolo II del libro II del codice penale (ovvero agli artt. 314-335-*bis* c.p.)» (D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni*, op cit., p. 91).

²³ Di diverso avviso chi ritiene che la novità apportata dalla “contro-riforma Bonafede” dilati lo spazio applicativo della previsione legislativa. Se con la “riforma Orlando” e con la “legge spazzacorrotti” si poteva far riferimento ai delitti veicolati dal Libro II, Titolo II, Capo I del Codice Penale, «il chiarimento, che ora il decreto legge opera sui possibili soggetti attivi, spezza questa corrispondenza e sembra autorizzare l'interprete alla ricerca delle condizioni di ammissibilità guardando a qualunque reato che, seppure estraneo al numero chiuso che compone la categoria sì come sistematizzata espressamente dal codice penale, abbia quei soggetti attivi e sia lesivo di interessi riconducibili alla pubblica amministrazione». In altre parole, è sufficiente guardare alla qualifica soggettiva dei soggetti attivi. Così G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza*, op. cit., p. 58. Secondo la Corte di Cassazione «*Relazione su novità normativa*», op. cit. p. 8 lo strumento tecnologico in esame può essere «impiegato per tutti i “delitti contro la pubblica amministrazione”, compresi nel titolo II, del Libro II del codice penale, commessi tanto dai pubblici ufficiali, quanto dagli incaricati di pubblico servizio».

²⁴ Così anche D. PRETTI, *Legge 28 febbraio 2020, n. 7 (di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161)*, in *G.U. n. 50 del 28 febbraio 2020*, in *Sist. pen.*, 02 marzo 2020.

²⁵ Così Corte di Cassazione «*Relazione su novità normativa*», op. cit. p. 10.

Il legislatore ha anche modificato l'art. 267, comma 2 *bis*, c.p.p., che ora consente al pubblico ministero di emettere il decreto intercettivo d'urgenza con l'utilizzo del captatore sia per gli originari delitti di criminalità mafiosa, terroristica ed eversiva, sia per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione. Non si comprende, però, la mancata previsione nella medesima disposizione anche dei reati "comuni", eventualmente accompagnata da un rafforzamento dell'onere motivazionale del PM che preveda, a titolo esemplificativo, l'indicazione, anche indiretta, dei luoghi e tempo in cui è consentita la captazione²⁶.

Viene modificato, per fornire omogeneità alla disciplina, l'art. 6 d.lgs. n. 216 del 2017 con l'introduzione della figura dell'incaricato di pubblico servizio dopo quella del pubblico ufficiale. Ancora una volta non è prevista alcuna proroga dell'entrata in vigore dell'art. 6, cosicché si potrà procedere sin da subito ad utilizzare le indagini ubiquitarie nei confronti degli incaricati di un pubblico servizio per i delitti previsti nel Capo I del Titolo II del Libro II del Codice Penale.

Anche il regime di utilizzabilità esoprocedimentale dei risultati acquisiti con la captazione subisce una sostanziale innovazione.

L'art. 270, comma 1, c.p.p. prescrive oggi che «i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1». Rinviando ad apposita sede la disamina sulla nozione di "procedimento diverso"²⁷, si può qui sottolineare che le Sezioni Unite Cavallo hanno sancito che «il divieto di cui all'art. 270 c.p.p. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni - salvo che risultino indispensabili per l'accertamento

²⁶ Dello stesso avviso D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni*, op. cit., p. 94, che ritiene la scelta del legislatore «francamente irragionevole».

²⁷ V., *ex multis*, D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni*, op. cit., pp. 96 ss.; L. GIORDANO, *Divieto di utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: il rilievo dell'unitarietà iniziale*, in *Ilpenalista.it*, 22 maggio 2019; A. GASPARRE, *Condannato a causa delle intercettazioni autorizzate per reati e soggetti diversi: quelle conversazioni erano utilizzabili?*, in *Dir. e giust.*, 2019, 49, pp. 8 ss. V. anche Corte di Cassazione «Relazione su novità normativa», op. cit. pp. 12 ss.

di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza - non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi *ex art.* 12 c.p.p., a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge»²⁸.

Il comma 1 *bis* del medesimo art. 270 c.p.p. stabilisce che «fermo restando quanto previsto dal comma 1, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione qualora risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati dall'articolo 266, comma 2 *bis*». L'attuale formulazione normativa sembra consentire un'utilizzabilità extraprocedimentale ben maggiore di quella prevista dalla «riforma Orlando»²⁹⁻³⁰. Il rinvio al comma 1 («fermo restando quando previsto dal comma») sembra permettere di utilizzare i risultati intercettivi in procedimenti attinti dal vincolo della connessione *ex art.* 12 c.p.p., per quelli per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza e per quelli di cui all'art. 266 c.p.p. A questi si aggiunga che l'utilizzabilità è prevista «anche» per la prova di reati da quelli per i quali l'autorizzazione era stata disposta, a condizione che siano indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati nell'art. 266, comma 2 *bis*, c.p.p., e cioè quelli di mafia e

²⁸ Cass., Sez. Un. 28 novembre 2019, n. 51, Cavallo; N. GALANTINI, *Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina*, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2018.

²⁹ L'art. 270, comma 1 *bis*, c.p.p. nel testo previgente e mai entrato in vigore prevedeva che «i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su elettronico portatile non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza».

³⁰ Secondo G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza*, op. cit., p. 59, «da formula di rigore non è stata mantenuta dal decreto legge: viene infatti ribaltata la struttura della disposizione che, da norma di divieto [...], si atteggia a norma di autorizzazione». Analogamente D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni*, op. cit., p. 106. Di diverso avviso Corte di Cassazione «Relazione su novità normativa», op. cit. p. 16, secondo cui la novella prevederebbe «un regime più rigoroso rispetto a quello generale di cui all'art. 270, comma 1, cod. proc. pen., la cui ragionevolezza risiederebbe nella peculiare portata intrusiva nella libertà di comunicare del mezzo tecnico impiegato».

terrorismo previsti dall'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., nonché i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

La disciplina previgente e mai entrata in vigore era più rigorosa, e infatti stabiliva che i risultati delle intercettazioni non potessero essere usati per la prova di reati diversi da quelli indicati nel decreto autorizzativo, salvo che fosse indispensabile per l'accertamento dei reati per i quali era previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

3. *Un'occasione mancata?*³¹

Il legislatore dal 2017 al 2020 si è fatto carico solo in parte della proteiforme potenzialità tecnica che offre il virus informatico, disciplinando, con «un'impostazione minimalista e riduttiva»³², l'opera di audio-captazione tra presenti anche nei luoghi di privata dimora. Nessuno degli interventi riformatori del 2019/2020, svincolati dagli stringenti limiti della delega Orlando, si è occupato delle ulteriori funzionalità del captatore, a differenza del disegno di legge Quintarelli che si adoperava per suddividere queste ultime in tre mezzi di ricerca della prova: la ricerca di *file* su dispositivo sarebbe stata ricondotta a un nuovo mezzo di ricerca della prova; le intercettazioni del traffico vocale sarebbe stata parificata alle attuali intercettazioni telefoniche; le captazioni tra presenti, tramite audio e video registrazione, sarebbero state sussunte nella disciplina delle intercettazioni ambientali³³. Normare tali attività avrebbe avuto il

³¹ Osserva condivisibilmente G. PESTELLI, *La controriforma delle intercettazioni*, op. cit., p. 149 che la “contro-riforma Bonafede” utilizza «una prospettiva molto deludente, che evidentemente non ha saputo (o voluto) cogliere la portata dirompente di tale nuovo mezzo di indagine».

³² G. PESTELLI, *La controriforma delle intercettazioni*, op. cit., p. 150.

³³ Il d.d.l. Quintarelli («Disciplina dell'uso di captatori legali nel rispetto delle garanzie individuali») è stato presentato il 31 gennaio 2017 alla Camera (d.d.l. C.4260) dopo oltre un anno di preparazione da parte di giuristi e di tecnici. In ogni caso, emerge «l'urgente necessità di elaborare istituti nuovi, che prescindano dall'ancoraggio al requisito della materialità e tengano conto [non solo] delle specificità delle indagini digitali» (S. SIGNORATO, *Le indagini digitali*, op. cit., p. 124), ma anche delle poliedriche potenzialità tecniche di cui uno strumento come il captatore informatico è permeato.

pregio di evitare possibili, anche se ipotetici, ricorsi a un utilizzo dell'art. 189 c.p.p. per le attività al momento non disciplinate.

La disciplina novellata continua a fare riferimento esclusivamente all'infezione di un dispositivo elettronico portatile. Sarebbe probabilmente stato più opportuno utilizzare la locuzione “dispositivi informatici o telematici”.

A prescindere dal fatto che il concetto di dispositivo elettronico portatile può dar adito ad alcuni dubbi interpretativi, quantomeno per quelli che si pongono in zone grigie come i *laptop*, alcuni dubbi rimangono in relazione a tale restrizione per le attività di intercettazione ambientale “fissa”³⁴. È noto che è possibile operare intercettazioni tra presenti “tradizionali” nei luoghi di privata dimora se all'interno della stessa vi è il fondato motivo di ritenere che si stia svolgendo l'attività criminosa. Sorvegliare un'abitazione, con introduzione fisica dell'operatore di PG e posizionamento di una cimice, può sembrare più invasivo di accedere al microfono di un PC per ascoltare quello che viene detto all'interno della stessa. Con entrambe le modalità il risultato è lo stesso: ascoltare tutto ciò che viene detto nella stanza monitorata. In altre parole, medesimi sono i risultati, medesimo è il livello di lesione della riservatezza dei soggetti che frequentano il luogo destinatario della captazione, differente è la modalità captativa.

Vi è da evidenziare che l'art. 266, comma 2, c.p.p. consente l'intercettazione itinerante «*anche* mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile». La congiunzione “anche” pare autorizzare un'intercettazione i cui contorni spaziali non sono previamente definibili; qualora, invece, il luogo sia circoscritto e ben definito, così come è possibile installare una cimice “normale”, allora potrebbe ritenersi praticabile l'inoculazione di un virus informatico su di un dispositivo fisso ad esclusivo fine intercettivo-ambientale non ubiquitario³⁵. Non

³⁴ In dottrina si è giustamente osservato che si potrebbe pensare di «ampliare – disciplinandola con norme *ad hoc* – la platea dei potenziali utilizzi del *trojan* secondo quanto offerto dalla tecnologia e auspicato dalle predette proposte di riforma e dalla parte più avveduta della dottrina» (G. PESTELLI, *La controriforma delle intercettazioni*, op. cit., p. 151).

³⁵ Dello stesso avviso D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2018, p. 217, secondo cui «nessun problema si

sembra porre problemi, da questo punto di vista, neanche l'art. 267, comma 1, secondo periodo, c.p.p. che richiede un onere motivazionale aggiunto del giudice per le indagini preliminari con esclusivo riferimento all'utilizzo del captatore informatico a fini intercettivo-itineranti su di un dispositivo elettronico portatile.

Aderendo alla lettura appena esposta, ci si può domandare se l'inoculazione del *trojan* su di un dispositivo fisso possa consentire la funzione di video-captazione di comportamenti comunicativi. Un problema analogo, in altre parole, a quello che è stato definito nel 2006 dalle Sezioni Unite Prisco³⁶ che hanno sancito la legittimità delle riprese di soli comportamenti comunicativi all'interno del domicilio³⁷. L'unica differenza con la citata sentenza risiede nel mezzo tecnico con cui sono effettuate tali video riprese. In presenza di un quadro normativo dai contorni sfumati, secondo attenta e condivisibile opinione dottrinale³⁸ è necessario richiamare la disciplina generale sul tema, cristallizzata con le Sezioni Unite Prisco e vietare esclusivamente le riprese di comportamenti non comunicativi in ambito domiciliare.

Non si può che attendere di verificare come l'applicazione sul campo della normativa verrà attuata, nella speranza che non si verifichino distorsioni lesive dei diritti dei singoli e che il legislatore intervenga in un'ottica di completezza a farsi carico delle ulteriori potenzialità tecniche del captatore informatico.

pone nel caso di infezione di un dispositivo non portatile posto che l'attivazione del microfono garantisce comunque la sicura determinabilità del luogo in cui avvengono le captazioni. Diversa è la questione nel caso di apparati che, in ragione della loro portabilità, consentono intercettazioni ubiquitarie»

³⁶ Cass., Sez. Un., 28 luglio 2006, n. 26795, Prisco

³⁷ Sul tema dell'utilizzo del captatore a fini di video captazione v. *amplius* F. PALMIOTTO, *Le indagini informatiche e la tutela della riservatezza informatica*, in *Leg. pen. web*, 30 giugno 2019, pp. 14 ss.

³⁸ F. PRETE, *Linee guida sulla nuova disciplina in tema di intercettazioni*, in http://www.giustizia.lazio.it/appello.it/proc_velletri/documenti/Modulistica/News/Lineeguida intercettazioni.pdf, p. 24. Così anche G. PESTELLI, *La controriforma delle intercettazioni*, op. cit., p. 152.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ANNUNZIATA L., *Trojan di Stato: l'intervento delle Sezioni Unite non risolve le problematiche applicative connesse alla natura del captatore informatico*, in (AA. VV.) *Trojan horse: tecnologia, indagini e garanzie di libertà (profili di intelligence)* in www.parolaalladifesa.it, 06 settembre 2016; BONTEMPELLI M., *Il captatore informatico in attesa della riforma*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 dicembre 2018; BRONZO P., *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in GIOSTRA G. - ORLANDI R. (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Giappichelli, Torino, 2018; CALAVITA O., *L'odissea del trojan horse*, in *Dir. pen. cont.*, fasci. 11/2018, p. 45; CAMALDO L., *Le innovazioni introdotte dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2019; CAMPLANI F. - CALAVITA O., *L'estensione dell'utilizzo del captatore informatico ai reati di corruzione: una prima lettura*, in *questa rivista*, fasc. 1/2019, p. 171; CAPRIOLI F., *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 483; CONTI C., *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017; CURTOTTI D., *Il captatore informatico nella legislazione italiana*, in *Jusonline*, 3, 2017, p. 385; DI STEFANO M. - FIAMMELLA B., *Intercettazioni: remotizzazione e diritto di difesa nell'attività investigativa (profili di intelligence)*, Altalex, Milano, 2015; FILIPPI L., *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi ma sbagliano la terapia*, in (AA. VV.) *Trojan horse: tecnologia, indagini e garanzie di libertà (profili di intelligence)*, in www.parolaalladifesa.it, 06 settembre 2016; FILIPPI L., *Riforme attuate, riforme fallite e riforme mancate degli ultimi 30 anni. Le intercettazioni*, in *Arch. pen. web.*, 21 novembre 2019, p. 42; GALANTINI N., *Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina*, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2018; GASPARRE A., *Condannato a causa delle intercettazioni autorizzate per reati e soggetti diversi: quelle conversazioni erano utilizzabili?*, in *Dir. e giust.*, 2019, 49, p. 8; GIORDANO L., *Dopo le Sezioni Unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017; GIORDANO L., *Divieto di utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: il rilievo dell'unitarietà iniziale*, in www.ilpenalista.it, 22 maggio 2019; GIOSTRA G., *L'impraticabile meccanismo di selezione delle intercettazioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 dicembre 2017; GITTARDI C., *La riforma delle intercettazioni: le Procure in mezzo al guado*, in www.giustiziasinsieme.it; GRIFFO M., *Una proposta costituzionalmente orientata per arginare lo strapotere del captatore*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2/2018; GRIFFO M., *Il trojan e le derive del terzo binario*, in *Sist. pen.*, fasc. 2/2020, p. 68; LASAGNI G., *L'uso di captatori informatici (trojans)*

nelle intercettazioni “fra presenti”, in *www.penalecontemporaneo.it*, 07 ottobre 2016; MARCOLINI S., *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 02, 2015, p. 766; MINOTTI D., *Captatore informatici: per un ponte tra diritti e informatica*, in (AA. VV.) *Trojan horse: tecnologia, indagini e garanzie di libertà (profili di intelligence)* in *www.parolaalladifesa.it*, 06 settembre 2016; PELOSO C., *La tutela della riservatezza nell'era delle nuove tecnologie: la vicenda dei captatori informatici per le intercettazioni tra presenti nei reati di terrorismo*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 1/2017; PESTELLI G., *La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre 2019 n. 161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità*, in *Sist. pen.*, fasc. 2/2020, p. 109; PINELLI C., *Sull'ammissibilità di restrizioni alla libertà di domicilio e alla libertà di comunicazione tramite “virus di Stato”*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017; PRETE F., *Linee guida sulla nuova disciplina in tema di intercettazioni*, in http://www.giustizia.lazio.it/appello.it/proc_velletri/documenti/Modulistica/News/Lineeguidaintercettazioni.pdf; PRETTI D., *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *Sist. pen.*, fasc. 2/2020, p. 71; PRETTI D., *Legge 28 febbraio 2020, n. 7 (di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161)*, in *G.U. n. 50 del 28 febbraio 2020*, in *Sist. pen.*, 02 marzo 2020; RENZETTI S., *Una riforma (radicale?) per tornare allo spirito originario della legge: la nuova disciplina acquisitiva delle intercettazioni tra legalità, diritto vivente e soft law*, in *Leg. pen. web*, 04 aprile 2018; RUGGERI F., *L'impatto delle nuove tecnologie: il captatore informatico. L'art. 1 c. 84 lett. e del d.d.l. Orlando: attuazione e considerazioni di sistema*, in *Jusonline*, 3, 2017; SANTALUCIA G., *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Sist. pen.*, fasc. 1/2020, p. 47; SCALFATI A., *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen. web*, 07 gennaio 2020, p. 2; SIGNORATO S., *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, Torino, 2018; TONINI P., *I captatori informatici*, in *Jusonline*, 3, 2017, p. 380; TORRE M., *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 22; ZONARO M., *Aspetti tecnici e operativi per l'utilizzo di un innovativo strumento di intercettazione*, in (AA. VV.) *Trojan horse: tecnologia, indagini e garanzie di libertà (profili di intelligence)*, in *www.parolaalladifesa.it*, 06 settembre 2016.

ABSTRACT

Il tema delle intercettazioni è di nuovo sotto la lente del legislatore e con esso anche quello del captatore informatico. Ancora una volta si assiste all'ennesima insoddisfacente modifica della disciplina legislativa di questo mezzo di ricerca della prova. Per comprenderne i motivi di biasimo si analizzano brevemente le potenzialità tecniche del captatore e l'evoluzione

“storica” della normativa, per giungere, infine, ad alcune brevi osservazioni circa le lacune e le incompletezze che permeano l’attuale disciplina codicistica.

Wiretappings are again under the magnifying glass of the legislator and, with them, the trojan horse too. One more time we are facing to the umpteenth and unsatisfactory legislative amendment of this evidence instrument. In order to comprehend the reason of the blame, we will briefly analyse the technical potentials of the trojan horse and the “historical” evolution of the law, to eventually reach some short observation of the gap and incompleteness of the current codex legislation.

IVAN CUOCOLO*

NOTAZIONI SU ALCUNI ASPETTI DEL PENSIERO CRIMINALISTICO DI CESARE LOMBROSO

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Un approccio tardo-ottocentesco. - 3. L'antropologia criminale nella sintesi tra darwinismo e marxismo. - 4. Responsabilità, imputabilità, determinismo, repressione 5. Il Mezzogiorno d'Italia nell'interpretazione della scuola lombrosiana. - Riferimenti bibliografici.

1. Premessa

Dopo Montaigne, il Giano bifronte della rappresentazione del 'selvaggio' come buono o come cattivo, a seconda della visione individuale, del momento storico o della convenienza ideologica, sarà l'immagine che a partire dal Rinascimento¹ dominerà nei secoli successivi in Europa. Mentre nell'Illuminismo prevarrà – ma senza escludere completamente il suo opposto – l'immagine del 'buon selvaggio', idealizzato in un arcadico stadio originario dell'umanità, espressione di una 'razionalità naturale' antitetica alle ingiustizie, all'irrazionalità delle convenzioni sociali dell'epoca, verso la fine del XVIII secolo comincerà lentamente ad imporsi l'immagine negativa, che finirà per prevalere con l'affermarsi dello scientismo, del determinismo naturalistico e dell'idea di 'progresso'.

Il 'selvaggio' sarà sempre un uomo di un ipotetico stato di natura, ciò che cambierà sarà la visione ed il valore dato a questo stato: dalla prospettiva di uno stato originario fondamento della morale e dei diritti 'naturali' dell'essere umano, si passerà, con il successivo sviluppo del pensiero scienziato del Positivismo, all'idea di uno stato *inferiore, brutale, incivile*, che caratterizzerebbe non solo il selvaggio, ma tutta una lunga serie di categorie umane, non soltanto 'esterne' ma

* Dottorando di ricerca in Diritto e Istituzioni economico-sociali presso l'Università di Napoli "Parthenope".

¹ M. KILANI, *Antropologia. Una introduzione*, Dedalo, Bari 1994, p. 218.

anche ‘interne’ alla stessa comunità politica, che sarebbero destinate, per la loro stessa natura, ad essere dominate, asservite, sterminate²: la presunta arretratezza culturale diventava ora inferiorità biologica³, immagine e manifestazione concreta della ‘degenerazione’ della civiltà, degna di punizione.

La coercizione, la riduzione in schiavitù, la eliminazione fisica, erano quindi ‘legittime’, per i casi di ‘civiltà degenerata’. Era la costruzione di una impalcatura ideologica a sostegno e giustificazione di un’azione politica e giuridica di assoggettamento.

2. *Un approccio tardo-ottocentesco*

Nel tardo Ottocento si imponeva quindi una visione della civiltà e della società qual era quella delle maggiori potenze europee, o, per dirla in maniera più corretta, delle classi dominanti all’interno di esse, che, in nome di una presunta e strumentale ‘missione civilizzatrice’, si ritenevano legittimate alla conquista *manu militari* di uno spazio coloniale di sfruttamento, elaborando teorie razziste a giustificazione di discriminazioni, violenze e sfruttamento dei popoli colonizzati. La civiltà ‘evoluta’ diveniva prerogativa delle razze ‘superiori’, a cui si opponeva *naturaliter* la ‘degenerazione’ della civiltà dei popoli conquistati. Una sorte a cui erano destinate non solo determinate ‘razze’, ma anche – come già sottolineato – alcune categorie di persone all’interno della stessa società ‘evoluta’.

La grande popolarità della teoria della degenerazione nasceva proprio dal bisogno della società dell’epoca, di fronte alle nuove ondate di violenza originate dallo sviluppo industriale e dall’urbanizzazione, di maggiore sicurezza. I medici del tempo, vestendo i panni dei nuovi antropologi, cercavano, o (si) illudevano di poter rendere riconoscibili immediatamente, e quindi di poter prevenire e neutralizzare *ab ovo* i degenerati. I medici erano, infatti, in prima linea nello studio della ‘degenerazione’ umana. Medici erano Bénédict Augustin Morel, Valentin Magnan, Philippe-Joseph-

² C. GUILLAUMIN, *Sexe, Race et Pratique du pouvoir. L’idée de Nature, Côté-femmes*, Paris 1992, p. 57.

³ A. RIVERA, *La guerra dei simboli. Veli postcoloniali e retoriche sull’alterità*, Dedalo, Bari 2005, p. 108.

Benjamin Buchez, Cesare Lombroso, Henry Maudsley, Max Simon Nordau e tanti altri teorici della degenerazione.

Daniel Pick ha posto l'accento sul ruolo ideologico della teoria della degenerazione nei momenti di maggiore crisi politica e sociale e per giustificare l'uso della violenza nella repressione del dissenso:

«Si potrebbe sostenere che il concetto di degenerazione vada interpretato innanzitutto come una corrente di pensiero inerente a un più generale linguaggio di imperialismo razzista ottocentesco [...]. Ogni qual volta l'autorità imperiale dovette affrontare momenti di crisi ideologica particolarmente gravi, ad esempio in Inghilterra a seguito dell'Ammutinamento indiano del 1857 o durante la controversia del Governatore Eyre negli anni 1865-68, la nozione di arretratezza fisica, mentale e tecnologica servì a giustificare il massiccio ricorso alle armi per sopprimere le ribellioni, così come altrove fu usata per giustificare il paternalismi filantropico dei missionari»⁴.

È il contributo che quegli scienziati che occupavano posti di rilievo nelle accademie e nella società dell'epoca, davano al servizio della politica imperialista, partecipando alla costruzione del massimo consenso possibile di fronte alle reazioni violente che conseguivano sia all'esterno nei processi di colonizzazione forzata e sia all'interno della stessa società 'conquistatrice' per le condizioni lavorative e sociali disagiate.

Pick, citando un altro autore che ha trattato lo stesso tema, prosegue:

«Nel suo *Time and the Other. How Anthropology Makes its Object* (1983), Fabian sostiene che le popolazioni colonizzate divennero oggetto di un nuovo discorso che facilitò e legittimò il dominio dell'Europa. È stato sostenuto che l'assunto di partenza dell'antropologia, quello cioè di un soggetto osservante occidentale e di un oggetto non occidentale riproiettato in un passato 'primitivo', non solo offra una prova eloquente e schiacciante della sua complicità ideologica con l'imperialismo,

⁴ D. PICK, *Volte della degenerazione. Una sindrome europea. 1848-1918*, La nuova Italia, Scandicci (FI) 1999, p. 49.

ma fornisca anche una chiave di lettura della natura stessa e dei limiti di tale disciplina»⁵.

E più avanti sottolinea un elemento di notevole rilievo:

«L'antropologia evolutiva servì non solo a differenziare le colonie d'oltreoceano dalla razza imperiale, quanto anche ad analizzare settori della popolazione interna: l'«altro» era presente sia dentro che fuori i propri confini»⁶.

3. *L'antropologia criminale nella sintesi tra darwinismo e marxismo*

In uno studio del 2000, Olivier Bosc⁷ ha analizzato in maniera dettagliata quella peculiare sintesi fra darwinismo e marxismo compiuta da quelle figure di 'scuola' lombrosiana quali Enrico Ferri, Alfredo Niceforo, Robert Michels e dallo stesso Cesare Lombroso, sottolineando l'esito razzialista di tale sintesi. In maniera non diversa da altri paesi europei, anche il giovane Regno d'Italia elaborava quelle teorie che rendevano ragione della sospensione dei diritti civili, dell'occupazione militare e della posizione di subordine in cui venivano a trovarsi le province meridionali:

«Nelle varianti positiviste e socialiste italiane di fine secolo, la teoria della degenerazione, sia pure intesa come stadio anteriore dell'evoluzione, come arresto dello sviluppo dovuto per lo più a cause sociali, ispirerà programmi di incivilimento sia delle classi inferiori – categoria economico-sociale e al tempo stesso quasi-razziale – sia delle popolazioni del Mezzogiorno che, reputate incivili per eccellenza, saranno anch'esse, e ancora di più, razzizzate»⁸.

⁵ Ivi, p. 50.

⁶ Ivi, p. 52.

⁷ Cfr. O. BOSC, *Engénisme et socialisme en Italie autor de 1900. Robert Michels et l'éducation sentimentale des masses*, «Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle» 2000, n. 18, pp.81-108. Cfr. anche N. MOE, «Altro che Italia!». *Il Sud dei piemontesi (1860-61)*, in «Meridiana». Rivista di storia e di scienze sociali, 1992, n. 15. Cfr. anche C. CAVOUR, *La liberazione del Mezzogiorno e la formazione del Regno d'Italia; carteggi con Villamarina, Scialoja, Cordova, Farini, ecc.*, 5 voll., Zanichelli, Bologna 1949-54.

⁸ A. RIVERA, cit., p. 109.

Pick, inoltre, sottolinea come «nel 1862 Lombroso condusse una ricerca antropometrica su tremila soldati al fine di investigare la diversità etnica del popolo italiano»⁹, scrivendo un saggio sulla Calabria, poi ripubblicato 35 anni dopo, per mostrare quella diversità. Anche perché, al tempo

«gli italiani del Nord dicevano a volte che la Calabria ricordava loro l’Africa. Spesso si diceva che ‘il continente nero’ iniziasse a Bologna, a Firenze, a Roma o a Napoli a seconda del luogo di nascita di chi parlava. Il Sud era considerato una specie d’altro mondo, razzialmente diverso, uno spazio da esplorare, penetrare, controllare, colonizzare»¹⁰.

Francesco Sidoti¹¹ ha distinto una prima fase dell’attività del Lombroso ed una seconda fase, anche se, avverte, buona parte del secondo Lombroso si trovava già nel primo e viceversa. Nella prima fase il controverso ‘scienziato’ si è occupato soprattutto di antropologia criminale, trasformandosi, nella seconda fase, in sociologo della politica, in particolare con la pubblicazione di alcuni scritti: *Due tribuni studiati da un alienista* del 1883 e *Tre tribuni studiati da un alienista* del 1887, *Il delitto politico e le rivoluzioni* del 1890, *Sui recenti processi bancari a Roma e Parigi* del 1893 (scritto insieme a Guglielmo Ferrero per l’Archivio di Psichiatria), *L’antisemitismo e le scienze moderne* del 1894, *Gli anarchici* del 1895.

Il primo Lombroso era quello che aveva fatto fortuna con il tema della degenerazione e aveva conquistato notorietà presso un vasto pubblico con la teoria della fossetta occipitale mediana sul cranio di Giuseppe Villella, un contadino calabrese, arrestato per furto, spacciato per brigante dal Lombroso, ottenendo però più consenso nella politica italiana postunitaria e in una certa opinione pubblica che nella comunità scientifica. Il secondo era un Lombroso che approfittava della grande notorietà che aveva ottenuto per operare una profonda influenza nella cultura politica italiana e preparare il terreno alla ‘ideologia’ costitutiva del nuovo Stato, modellata su due doppie idee razziste: due diverse razze, la ‘meridionale’ e la ‘nordica’, e

⁹ D. PICK, cit., p.158.

¹⁰ D. PICK, cit., p. 159.

¹¹ Cfr. F. SIDOTI, *Criminalità e investigazione*, Giuffré, Milano 2006.

due diverse componenti della ‘razza meridionale’, la ‘africana’ e la ‘greca’. La prima tendenzialmente ‘primitiva’ e razzialmente ‘inferiore’, la seconda moderna come quella settentrionale ed europea.

È sintomatico di un certo modo di procedere del Lombroso il fatto che il medico veronese decidesse di togliere il bergamasco Verzeni, cannibale dichiarato¹², dal novero dei delinquenti atavici per catalogarlo tra i delinquenti occasionali¹³, ma lasci tra i delinquenti ‘atavici’ Villella, che cannibale non era, né assassino, e nemmeno brigante. In realtà, Lombroso parla e scrive del cranio di Giuseppe Villella per circa 36 anni, ma tutte le informazioni che possiede sulla sua vita sono minime e, cosa notevole, in notevole contraddizione nel corso del tempo. In pratica egli costruisce una sorta di leggenda, una immagine spuria del ‘brigante’ attorno a Villella per avvalorare la propria tesi¹⁴.

4. Responsabilità, imputabilità, determinismo, repressione

Risulta evidente, dunque, come la teoria genetica della degenerazione lombrosiana andasse ad inficiare i principi fondamentali della civiltà giuridica italiana ed europea. Le applicazioni delle teorie lombrosiane nell’ambito del diritto penale finivano per minare alla base il principio stesso della ‘responsabilità’ individuale, negandolo attraverso un rigido determinismo, giacché l’azione criminosa non poteva essere più considerata come il prodotto di una volontà liberamente esercitata.

La categoria dell’imputabilità, nell’ambito di quella più ampia rappresentata dalla colpevolezza, costituisce infatti il requisito necessario affinché la condotta di un individuo, intenzionalmente orientata a realizzare un dolo o comunque messa in atto in violazione

¹² Cfr. M. CENTINI, *Il vampiro della Padania. Le indagini e il processo a Vincenzo Verzeni, lo «strangolatore di donne», Bergamo 1870*, Ananke, Torino 2010. Cfr. F. BASSINI, *Vincenzo Verzeni l’unico ‘vampiro’ della storia italiana*, rivista cartacea Comacchio Web, anno XII, n. 8, 2012, pp. 8–9.

¹³ C. LOMBROSO, *Delitto, genio, follia. Scritti scelti*, a cura di Delia Frigessi, Ferruccio Giacanelli e Luisa Mangoni, Bollati Boringhieri, Torino 1995, p. 558.

¹⁴ Della questione ne dà una esaustiva e dirimente analisi G. GANGEMI, *Il cranio conteso di Giuseppe Villella. I parte*, in *Foedus-Culture-Economie e Territori*, quadrimestrale dell’Università di Padova, n. 38/2014.

di una regola pertinente di diligenza, possa essere riferita a quell'individuo non solo in senso fisico-materiale. Essa, dunque, in un caso concreto, è in stretta correlazione con un giudizio di corrispondenza dei processi decisionali con quelli tipici di un essere umano (indipendentemente dai loro esiti), e in questo senso l'imputabilità, dal punto di vista penalistico, è considerata presupposto imprescindibile del giudizio di rimproverabilità, o colpevolezza, in quanto *condicio sine qua non* per il sussistere di un reato¹⁵. In estrema sintesi, il determinismo lombrosiano, se coerentemente condotto alle sue inevitabili conseguenze, faceva venir meno il principio stesso della responsabilità dell'individuo come manifestazione di un'azione libera, e, dunque, della colpa del soggetto. In base a tale impostazione anche la stessa imputabilità dell'individuo veniva a cadere.

L'azione penale si doveva spostare così dalla sanzione per un comportamento illecito, ad un'azione di pura repressione *ante quem* di soggetti catalogati come potenzialmente pericolosi. Un'azione repressiva che non veniva suscitata quindi, ed è questo il punto fondamentale, dalla responsabilità individuale, ma sulla base di un difetto genetico-razziale.

Non a caso il medico veronese

«fu attratto dal positivismo italiano e francese, dal materialismo tedesco e dall'evoluzionismo inglese, mentre aborrì le teorie filosofiche del libero arbitrio allora prevalenti in certi circoli accademici italiani. Lombroso manifestò subito un'esplicita ostilità intellettuale nei confronti dell'allora ancora dominante teoria classica dei delitti e delle pene sviluppata cent'anni prima a Pavia da Cesare Beccaria»¹⁶.

5. *Il Mezzogiorno d'Italia nell'interpretazione della scuola lombrosiana*

Applicate al caso dell'Italia meridionale, le teorie di Lombroso risultavano oltremodo utili da un punto di vista politico-repressivo. Esse, infatti, conferivano una legittimazione di tipo 'antropologico'

¹⁵ Cfr. L. EUSEBI, *Imputabilità*, in *Enciclopedia filosofica di Gallarate*, Bompiani, Milano 2006, p. 5576.

¹⁶ D. PICK, cit., p. 155.

alla sospensione dei diritti civili¹⁷, alle violenze diffuse ed agli eccidi¹⁸ con cui l'esercito sardo-piemontese, dal 1861 italiano¹⁹, aveva operato nella conquista del Regno delle Due Sicilie prima e nella repressione del cosiddetto 'brigantaggio' poi: scrive A. M. Banti, uno dei massimi storici del Risorgimento, «fra 1861 e 1870 (ma soprattutto fra 1861 e 1865) scoppia un largo movimento di reazione all'Unità, che le

¹⁷ Con la legge n. 1409 del 15 agosto 1863, si derogava agli artt. 24 e 71 dello Statuto albertino, che avrebbero dovuto garantire il principio di uguaglianza di tutti i sudditi dinanzi alla legge e la garanzia del giudice naturale. La legge introduceva inoltre il reato di 'brigantaggio' giudicato direttamente da tribunali militari. Di fatto qualsiasi forma di dissenso veniva perseguita duramente.

¹⁸ Cfr., a mero titolo esemplificativo, la mozione parlamentare del deputato milanese G. Ferrari del 2 dicembre 1861: consultabile a <https://storia.camera.it/regno/lavori/leg08/sed118.pdf>.

Riporto come esempio del tono dell'intervento parlamentare un breve estratto: «Intendete le tragedie che si svolgono al seguito delle nostre stesse vittorie. Nel turbinio degli avvenimenti le nuove s'ingrandiscono, le morti si moltiplicano nelle immaginazioni del volgo, il terrore prende mille forme, il silenzio paralizza la lingua del cittadino che, reclamando, teme di essere sospetto, e la confusione giunge a tal punto che io a Napoli non poteva sapere come Pontelandoifo, una città di 5000 abitanti, fosse stata trattata. Io ho dovuto intraprendere un viaggio per verificare il fatto cogli occhi miei. Ma io non potrò mai esprimere i sentimenti che mi agitarono in presenza di quella città incendiata. Mi avanzo con pochi amici, e non vedo alcuno; pochi paesani ci guardano incerti; sopravviene il sindaco; sorprendiamo qualche abitante incatenato alla sua casa rovinata dall'amore della terra, e ci inoltriamo in mezzo a vie abbandonate. A destra, a sinistra le mura erano vuote e annerite, si era dato il fuoco ai mobili ammucchiati nelle stanze terrene e la fiamma aveva divorato il tetto; dalle finestre vedovasi il cielo. Quaelà incontravasi un mucchio di sassi crollati; poi mi fu vietato il progredire; gli edilizi puntellati minacciavano di cadere ad ogni istante. Ricevetti l'ospitalità in una delle tre case risparmiate per ordine superiore; ma in faccia sorgeva la casa o quasi il palazzo Gogliotti incendiato, rovinato. Tutto un museo di abiti e di medaglie antico era scomparso nelle fiamme, tutte le gioie erano perdute nelle macerie. Chi può dire i dolori di quella città! E quando volli vedere più addentro lo spettacolo celato delle afflizioni domestiche, mi trassero dinanzi il signor Rinaldi, e fui atterrito. Pallido era, alto e distinto della persona, nobile il volto; ma gli occhi semispenti lo rivelavano colpito da calamità superiore ad ogni umana consolazione. Appena osai mormorare che non così s'intendeva da noi la libertà italiana. Nulla io chiedo, disse egli, e noi aminuttimmo tutti» (Dal verbale della *Tornata del 2 dicembre 1861*, p. 84).

¹⁹ Il 4 maggio 1861, con Decreto del Ministro Fanti, l'Armata Sarda prendeva la denominazione di Esercito Italiano.

autorità del Regno chiamano ‘brigantaggio’, ma che solo in una misura abbastanza limitata può effettivamente essere definito in quel modo»²⁰. Unitamente ad una politica nazionale che, attraverso un’interpretazione razziale della condizione in cui si era venuto a trovare il Mezzogiorno dopo l’annessione, aveva destinato le regioni meridionali ad un ruolo di subalternità²¹ o, per dirla con le parole di Gramsci, di «colonia di sfruttamento»²²:

«Il Mezzogiorno è la palla di piombo che impedisce i più rapidi progressi allo sviluppo civile dell’Italia; i Meridionali sono biologicamente degli esseri inferiori dei semibarbari o dei barbari completi, per destino naturale; se il Mezzogiorno è arretrato, la colpa non è del sistema capitalistico o di qualsivoglia altra causa storica, ma della natura che ha fatto dei meridionali poltroni, incapaci, criminali, barbari, temperando questa sorte matrigna con l’esplosione puramente individuale di grandi geni, che sono come le solitarie palme in un arido e sterile deserto. Il partito socialista fu in gran parte il veicolo di questa ideologia borghese nel proletariato settentrionale; il partito socialista diede il suo crisma a tutta la letteratura ‘meridionalista’ della cricca di scrittori della cosiddetta scuola positivista, come i Ferri, i Sergi, i Niceforo, gli Orano e i minori seguaci, che in articoli, in bozzetti, in novelle, in romanzi, in libri di impressioni e di ricordi ripetevano in diverse forme lo stesso ritornello; ancora una volta la ‘scienza’ era rivolta a schiacciare i miseri e gli sfruttati, ma questa volta essa si ammantava dei colori socialisti, pretendeva essere la scienza del proletariato»²³.

²⁰ A. M. BANTI, *Il Risorgimento italiano*, Laterza, Roma-Bari 2010, ed. digitale, cap. VIII ‘Le eredità del Risorgimento’.

²¹ Cfr. L. DE MATTEO, *Noi della meridionale Italia. Imprese e imprenditori nel Mezzogiorno nella crisi dell’Unificazione*, ESI, Napoli 2002; dello stesso, *Il ritardo del Mezzogiorno dai Borbone a oggi. Un recente volume, i rituali politico-culturali-mediativi del nostro tempo, la storiografia economica*, in *Storia economica*, n. 2, 2013, pp. 395-471; ID., *Una ‘economia alle strette’ nel Mediterraneo. Modelli di sviluppo, imprese e imprenditori a Napoli e nel Mezzogiorno nell’Ottocento*, ESI, Napoli 2013. Cfr. V. DANIELE - P. MALANIMA, *Il divario Nord-Sud in Italia 1861-2011*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2011.

²² «La borghesia settentrionale ha soggiogato l’Italia meridionale e le isole, e le ha ridotte a colonie di sfruttamento» in A. GRAMSCI, *Operai e contadini*, da ‘L’ordine nuovo’, 3 gennaio 1920.

²³ A. GRAMSCI, *La Questione Meridionale*, Davide Zedda Editore, Cagliari 2008, pp. 69-70.

L'icastica analisi politica di Antonio Gramsci.

L'identità millenaria delle province meridionali d'Italia si trovava così intrappolata negli artati schemi di Lombroso e della sua scuola, che spiegavano in termini razziali e biologici (deteriori) i gravi problemi socio-economici che si andavano evidenziando, neutralizzando così qualsiasi responsabilità del giovane Stato liberale. Un gran numero di storici del periodo e dell'ideologia coloniale e postcoloniale, tra i quali, giusto come esempio, Guy Nicolas²⁴ ed Edward Said²⁵, sottolineano come la denigrazione dei gruppi umani e le descrizioni degradanti, che ne confermino l'inferiorità e la subalternità, siano le tipiche formule usate dalle potenze imperiali e coloniali per giustificare le loro dominazioni.

Il nuovo Stato liberale costituiva così la sua cultura ufficiale sulla base delle teorie del medico veronese, affinché si rendesse ragione della situazione di crisi e di squilibrio che si era profilata. Lombroso, dal canto suo, focalizzando l'attenzione sulla fossetta occipitale, rilevabile solo attraverso l'osservazione del teschio, spostava la teoria della degenerazione dalla politica della sicurezza verso la teoria della pura repressione.

L'unificazione politica della penisola avvenuta per annessione militare veniva a creare nella cultura del Regno unitario la teoria delle due Italie, in un rapporto quale si profilava fra un conquistatore ed un conquistato.

«Il materialismo storico del Graziadei rassomiglia a quello di Ferri, di Niceforo, di Lombroso, di Sergi e si sa quale funzione storica questa concezione biologica della 'barbarie' attribuita ai Meridionali (anzi ai Sudici) ha avuto nella politica della classe dirigente italiana»²⁶.

Il tema della degenerazione, secondo Gramsci, andava letto quindi come un problema che ha cercato di mascherare due grossi conflitti

²⁴ Cfr. G. NICOLAS, *L'identità e i suoi miti*, a cura di S. Latouche, *Mauss # 1 Il ritorno dell'etnocentrismo. Purificazione etnica versus universalismo cannibale*, Bollati Boringhieri, Torino 2003, p. 66.

²⁵ Cfr. E. SAID, *Cultura e imperialismo*, Gamberetti Editrice, Roma 1998, pp. 35-36.

²⁶ A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, Einaudi, Torino 1975, vol. 2, p. 879.

che hanno interessato, nel XIX secolo, la società europea, e particolarmente l'Inghilterra, la Francia e la Germania, e in maniera diversa l'Italia: il conflitto tra europei conquistatori e popoli conquistati nelle colonie, soprattutto africane; ed il conflitto interno alle città che, sotto la spinta dell'industrializzazione, sperimentavano il fenomeno delle forti ondate migratorie e del degrado sociale dei quartieri disagiati. Secondo Gramsci, questi due conflitti si presentavano contestualmente in Italia dove il Meridione, escluso dallo sviluppo industriale, veniva trattato come colonia interna da sfruttare allo stesso modo delle colonie africane e come territorio degradato paragonabile ai quartieri malsani dove si concentrava il sottoproletariato a svolgere il ruolo di esercito industriale di riserva²⁷.

Come ha sottolineato J. Davis²⁸ in un libro uscito in edizione originale inglese nel 2006, di fronte alla differenze emerse tra Nord e Sud dopo l'unificazione, era necessario trovare nuove vie per difendere il Risorgimento e riaffermare l'unità dello Stato senza imputare alla nuova Italia, e soprattutto alla classe dirigente, le responsabilità delle condizioni in cui era venuto a trovarsi il Sud. Si cominciò quindi a riscrivere la nuova storia andando a ritroso, sostenendo che la 'questione meridionale' fosse un'eredità del passato. Si evidenziarono così differenze che non avevano riscontri nella realtà storica con tesi astratte, antistoriche e di stampo ottocentesco.

Era la giustificazione in chiave 'scientifica' di una situazione sociale esplosiva attraverso la creazione di un mito antropologico.

²⁷ Cfr. A. GRAMSCI, *La questione meridionale*, ed. cit.

²⁸ Cfr. J. DAVIS, *Napoli e Napoleone. L'Italia meridionale e le rivoluzioni europee 1780-1860*, trad. it. Rubbettino, Soveria Mannelli 2014, ed. digit., pp. 7-9.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

F. BASSINI, *Vincenzo Verzeni l'unico 'vampiro' della storia italiana*, rivista cartacea Comacchio Web, anno XII, n. 8, 2012; O. BOSC, *Eugénisme et socialisme en Italie autor de 1900. Robert Michels et l'éducation sentimentale des masses*, «Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle» 2000; C. CAVOUR, *La liberazione del Mezzogiorno e la formazione del Regno d'Italia; carteggi con Villamarina, Scialoja, Cordova, Farini, ecc.*, 5 voll., Zanichelli, Bologna 1949-54; M. CENTINI, *Il vampiro della Padania. Le indagini e il processo a Vincenzo Verzeni, lo «strangolatore di donne»*, Bergamo 1870, Ananke, Torino 2010; C. CICCARELLI - S. FENOALTEA, *La produzione industriale delle regioni d'Italia, 1861-1913: una ricostruzione quantitativa*, Banca d'Italia, Roma 2009; V. DANIELE - P. MALANIMA, *Il divario Nord-Sud in Italia 1861-2011*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2011; J. DAVIS, *Napoli e Napoleone. L'Italia meridionale e le rivoluzioni europee 1780-1860*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2014; L. DE MATTEO, *Noi della meridionale Italia. Imprese e imprenditori nel Mezzogiorno nella crisi dell'Unificazione*, ESI, Napoli 2002; L. DE MATTEO, *Il ritardo del Mezzogiorno dai Borbone a oggi. Un recente volume, i rituali politico-cultural-mediativi del nostro tempo, la storiografia economica*, in *Storia economica*, n. 2, 2013, pp. 395-471; L. DE MATTEO, *Una 'economia alle strette' nel Mediterraneo. Modelli di sviluppo, imprese e imprenditori a Napoli e nel Mezzogiorno nell'Ottocento*, ESI, Napoli 2013; J. FABIAN, *Time and the Other. How Anthropology Makes its Object*, Columbia University Press, 1983; G. GANGEMI, *Il cranio conteso di Giuseppe Villella. I parte*, in *Foedus-Culture-Economie e Territori*, quadrimestrale dell'Università di Padova, n. 38/2014; A. GRAMSCI, *Operai e contadine*, da 'L'ordine nuovo', 3 gennaio 1920; A. GRAMSCI, *La Questione Meridionale*, Davide Zedda Editore, Cagliari 2008; C. GUILLAUMIN, *Sexe, Race et Pratique du pouvoir. L'idée de Nature, Côte-femmes*, Paris 1992; M. KILANI, *Antropologia. Una introduzione*, Dedalo, Bari 1994; N. MOE, *«Altro che Italia!». Il Sud dei piemontesi (1860-61)*, in «Meridiana». Rivista di storia e di scienze sociali, 1992, n. 15; G. NICOLAS, *L'identità e i suoi miti*, a cura di S. Latouche, *Mauss # 1 Il ritorno dell'etnocentrismo. Purificazione etnica versus universalismo cannibale*, Bollati Boringhieri, Torino 2003; D. PICK, *Volti della degenerazione. Una sindrome europea. 1848-1918*, La nuova Italia, Scandicci (FI) 1999; A. RIVERA, *La guerra dei simboli. Veli postcoloniali e retoriche sull'alterità*, Dedalo, Bari 2005; E. SAID, *Cultura e imperialismo*, Gamberetti Editrice, Roma 1998; F. SIDOTI, *Criminalità e investigazione*, Giuffré, Milano 2006.

ABSTRACT

Partendo dal concetto di ‘degenerazione della civiltà’ e dell’uso politico che se ne fece, l’articolo esamina l’approccio dell’antropologia criminale di fine Ottocento in tema di imputabilità e repressione criminale, in particolare di fronte ai problemi che si venivano delineando con la nascita del Regno d’Italia.

Starting from the concept of ‘degeneration of civilization’ and its political use, the paper examines the approach of criminal anthropology in the late Nineteenth century on the subject of imputability and criminal repression, especially facing the problems emerging after the birth of the Kingdom of Italy.

GIUSEPPINA BELLOISI*

LE OPERE D'ARTE NELL'ITALIA LIBERALE
TRA INTERESSE PUBBLICO E PROPRIETÀ PRIVATA:
IL DISEGNO DI LEGGE DI FERDINANDO MARTINI

SOMMARIO: 1. Il passaggio dalla Destra alla Sinistra Storica e la questione della conservazione e tutela delle opere d'arte - 2. La difesa degli "interessi morali". I precedenti del disegno di legge di Ferdinando Martini - 3. Martini ministro giolittiano - 4. L'articolo di Scarfoglio sul patrimonio artistico degli Italiani - 5. Le lettere di Martini pubblicate sul Corriere di Napoli nel 1891 - 6. L'iniziativa legislativa del Martini nel 1892 e il passaggio in Commissione parlamentare - 7. L'incisivo e vincolante operato della Commissione parlamentare sugli oggetti d'arte e d'antichità - 8. L'accoglienza dell'opinione pubblica e le critiche per la violazione dei diritti dei privati - 9. Conclusioni.

1. *Il passaggio dalla Destra alla Sinistra Storica e la questione della conservazione e tutela delle opere d'arte*

Nel periodo preunitario, l'attenzione verso i monumenti e gli oggetti dell'antichità aveva determinato la produzione di numerose disposizioni legislative di tutela molto articolate e complesse prive tuttavia di un disegno complessivo.

I governi preunitari e principalmente lo Stato pontificio rappresentarono, dopo l'Unità i punti di riferimento in tale vicenda legislativa, tanto che le norme da essi predisposte, rimasero efficaci fino alla fine dell'Ottocento¹.

Prima di analizzare nel dettaglio il disegno di legge sulla *Conservazione dei monumenti e degli oggetti d'arte e di antichità* di Ferdinando

* Dottore di ricerca in Diritto romano e Tradizione romanistica: Fondamenti del Diritto europeo, Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Il 28 giugno 1871 fu infatti varata la legge n. 286 di rinvio alle leggi degli Stati preunitari.

Martini, è indispensabile una panoramica sulla situazione politica italiana dagli anni Settanta ai primi anni Novanta dell'Ottocento².

All'indomani dell'unificazione, anche se il Risorgimento aveva raggiunto in gran parte il suo scopo, era ancora lungo il cammino da percorrere e molti i problemi da affrontare³. Lento fu il processo di edificazione della nazione, perché l'Italia si era formata a seguito dell'aggregazione di stati regionali ricchi di storia e istituzioni proprie.

Con il compimento dell'Unità era emersa una viva sensibilità politica tesa alla costruzione di una realtà basata su elementi etico-politici omogenei in grado di ispirare una società completamente nuova⁴.

In particolare le modalità di realizzazione dell'unificazione nazionale avevano determinato una forte disomogeneità in tutti gli aspetti della vita pubblica e privata, avendo escluso dalla rivoluzione i ceti popolari.

Le contraddizioni politiche e sociali e il fallimento del partito d'Azione erano state determinate anche dalla scarsa integrazione tra città e campagna e dalla disomogeneità tra il nord e il sud⁵.

² In particolare per le norme vigenti al momento dell'Unità nello Stato Pontificio si rimanda alla raccolta curata dal MINISTERO DELLA PUBBLICA ISTRUZIONE *Leggi, decreti, ordinanze e provvedimenti generali emanati dai cessati governi d'Italia per la conservazione dei monumenti e la esportazione delle opere d'arte*, Roma 1881; quella a cura di F. MARIOTTI, *La legislazione delle belle arti*, Roma 1892; agli allegati al disegno di legge sulla *Conservazione dei monumenti e degli oggetti di antichità e d'arte*, presentato al Senato del Regno nella tornata del 4 dicembre 1900, Legislatura XXI, 1^a sessione 1900-1901, Documento n. 30-A ter e alla raccolta di A. EMILIANI, *Leggi, bandi e provvedimenti per la tutela dei beni artistici e culturali negli antichi Stati italiani 1571-1860*, Bologna 1978.

³ L'unificazione territoriale, che culminò con la proclamazione di Roma capitale nel 1870, non fu sufficiente, seppur necessaria, alla realizzazione di uno Stato nazionale. Sull'argomento si veda: M. D'AZEGLIO, *I miei ricordi*, A. M. GHISALBERTI (a cura di), Torino 1971.

⁴ Per un'analisi della situazione culturale, economica e sociale dell'Italia postunitaria si segnalano tra gli altri: R. ROMANELLI, *L'Italia liberale 1861-1900*, Bologna 1990; ID., *Il comando impossibile: Stato e società nell'Italia liberale*, Bologna 1988; T. DE MAURO, *Storia linguistica dell'Italia unita*, Bari 1963; CH. SETON-WATSON, *L'Italia dal liberalismo al fascismo, 1870-1925*, Bari 1973; F. CHABOD, *Storia della politica estera italiana: dal 1870 al 1896*, vol. I, *Le premesse*, Roma-Bari 1997; G. VERUCCI, *L'Italia laica*, Bari 1981.

⁵ Il Partito d'Azione difettò di un programma concreto e di una ferma direzione politica, rimanendo un elemento di agitazione e propaganda. Sull'argomento cfr. A.

Il movimento nazionale avrebbe dovuto superare il contrasto città-campagna, settentrione-meridione e unire intorno alle forze urbane del nord quelle rurali del sud⁶.

Inoltre ci si trovava di fronte a un'Italia meno evoluta rispetto al resto d'Europa senza uno sviluppo industriale organico⁷ legato a carenze strutturali importanti⁸.

La politica liberista della Destra storica, facendo cadere tutte le protezioni doganali sia interne che esterne, mise in pericolo il già debole settore manifatturiero che non riusciva a raggiungere i livelli dei sistemi industriali più avanzati. Infatti la canalizzazione delle energie economiche verso la creazione di un mercato interno e l'integrazione nell'economia europea, non avevano fatto altro che indebolire ancora di più le regioni del sud, costrette a dipendere dalle industrie del nord⁹. Il regno d'Italia non era altro che un'estensione del regno sabaudo con una classe dirigente prevalentemente piemontese ed istituzioni politiche plasmate sul modello francese.

La scelta di una politica centralizzata non aveva certo favorito la coesione, ma aumentato le differenze.

Le incertezze politiche del nuovo Stato, lasciando ancora aperte diverse questioni, non aiutarono il governo della Destra che, in occasione della discussione sul passaggio delle ferrovie dalla gestione privata a quella statale, perse la maggioranza perché un gruppo si spostò al centro facendo cadere il governo Minghetti.

A quel punto il governo fu affidato temporaneamente ad Agostino Depretis¹⁰ che, sostenuto da una maggioranza di sinistra, ottenne la

GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, Edizione Critica dell'Istituto Gramsci a cura di V. GERRATANA, 4 voll., Torino 1975, III, Quaderno 19 (X), pp. 2010-2014 e pp. 2044-2045.

⁶ Ivi, pp.2035-2046.

⁷ Al nord, la nascita e lo sviluppo delle aziende agricole aveva determinato un importante aumento della produzione con conseguente miglioramento delle condizioni di vita dei lavoratori; al centro, la diffusione della mezzadria portava alla condivisione della produzione tra coltivatori e proprietari; al sud, la persistenza del latifondo impediva qualsiasi trasformazione dell'agricoltura, consentendo ai grandi proprietari di mantenere la propria posizione di egemonia sociale.

⁸ Per esempio le infrastrutture e le risorse minerarie ed energetiche.

⁹ Per macchinari e mezzi di produzione.

¹⁰ Piemontese moderato mazziniano con un forte radicamento meridionale. Per le note biografiche si veda: R. ROMANELLI, *Depretis, Agostino*, in *Dizionario Biografico*

vittoria alle elezioni del 1876, aprendo una nuova fase della politica italiana. Il cambio di maggioranza avrebbe dovuto determinare un'importante crescita nella diversificazione nelle linee economiche e sociali del paese¹¹.

Tuttavia le due diverse maggioranze non si caratterizzavano per una diversità sociale ma per una diversa tradizione culturale, ideale e politica. A differenza del progetto statalista e centralizzatore di stampo cavouriano sostenuto dalla Destra, quello della Sinistra aveva come obiettivo la rivalutazione della molteplicità delle esigenze economiche e sociali; la valorizzazione delle istanze dei ceti meno privilegiati, degli interessi popolari e delle esigenze locali e, soprattutto, l'ampliamento della base del sistema politico.

In quest'ottica la Sinistra, a differenza della Destra, che risultava composta prevalentemente da deputati del nord, riproduceva la complessità e la varietà degli interessi privati di fronte allo Stato ed era molto forte al Sud dove difendere i privati equivaleva a contrastare un interesse pubblico che per il Mezzogiorno non era stato certamente positivo¹². Quindi la trasformazione parlamentare del 1876 intese portare alla ribalta sia gli interessi dei privati sia quelli del Mezzogiorno che si trovavano di fronte uno Stato sicuramente autoritario ed estraneo.

degli Italiani (d'ora in poi *DBI*), XXXIX, Roma 1991, pp.66-89 e la bibliografia ivi contenuta.

¹¹ L'avvento al potere della Sinistra Storica con Agostino Depretis, il cui programma politico si basava sul decentramento amministrativo, sul suffragio universale e sulla riforma del sistema scolastico era stato un evento veramente clamoroso. Esso fu determinato dal fatto che l'Italia cominciava a crescere e a diversificarsi, sviluppandosi attorno ad interessi economici forti, che cercavano di assicurarsi privilegi politici considerevoli.

¹² Ad ogni modo sia la Destra che la Sinistra Storica erano liberali, visto che nel gioco politico mancavano legittimisti e repubblicani. La Destra manifestava un forte senso dello Stato e la massima fiducia nell'intervento pubblico. La sua tendenza statalista si coglieva nell'eccessiva rigidità e arretratezza della cultura di governo che non rappresentava gli interessi privati ma sosteneva le politiche pubbliche. La Sinistra invece era più liberista, rappresentava la varietà degli interessi privati, di fronte allo Stato e ne favoriva l'iniziativa. La borghesia professionale costituiva la base sociale della Sinistra, che in concreto fu solo più pragmatica della Destra nelle sue scelte politiche.

Il progetto della Sinistra da una parte era quello di valorizzare le istanze economiche e sociali, dall'altra quello di ampliare la base del sistema politico dando voce anche agli interessi dei ceti più popolari.

In tal senso i governi Depretis, durati dal 1876 al 1887, con l'interruzione del governo Cairoli, mirarono a dare un'impronta meno conservatrice all'Italia di fine secolo, in una prospettiva di dirigenza politica pur sempre elitaria.

Depretis, da uomo prudente ed equilibrato quale era, provò a moderare con abilità gli impulsi progressisti e le tendenze conservatrici insite alla nuova maggioranza.

Il suo obiettivo fu quello di demolire i duri contrasti politici che avevano dominato la prima fase dell'unità, riadattandoli alle nuove richieste di governo.

In tal senso, cercò costantemente di ottenere anche l'appoggio dei deputati di Destra in modo da costruire un forte raggruppamento moderato¹³ che riuscisse a fronteggiare sia gli attacchi sovversivi che quelli reazionari, al fine di mantenere la stabilità sociale e politica del Paese.

Un fatto importante per il completamento del processo unitario fu il tentativo di instaurare un legame tra lo Stato e la borghesia meridionale, fino ad allora incapace di portare elementi innovativi a livello produttivo. Secondo il programma di Depretis «le riforme – come ha osservato Carocci, - dovevano migliorare le condizioni del 'paese', intendendo per 'paese' la borghesia»¹⁴.

I governi Depretis vengono ricordati soprattutto per tre importanti riforme: la riforma del sistema scolastico¹⁵, l'abolizione della tassa sul macinato¹⁶ e l'ampliamento del diritto di voto¹⁷. Ma anche per un

¹³ Per questo la sua politica fu definita "trasformista".

¹⁴ G. CAROCCI, *Agostino Depretis e la politica interna italiana dal 1876 al 1887*, Torino 1956, pp.78-79.

¹⁵ Legge 15 luglio 1877, n. 3961 Sull'obbligo dell'istruzione elementare (Pubblicata in Gazzetta Ufficiale, 30 luglio 1877, N. 177).

¹⁶ Si passò dalla riduzione all'abolizione nel 1884. Per la ricostruzione della vicenda si rimanda a L.G. SANZIN, *L'abolizione della tassa sul macinato*, in «Rassegna Storica del Risorgimento» XXXVIII, Fasc. III-IV, Luglio-Dicembre 1951, p.627-630; G. CAROCCI, *Agostino Depretis e la politica interna italiana dal 1876 al 1887*, Torino 1956, *ad indicem*; G. MARONGIU, *La tassa sul macinato: un nome vecchio per un'imposta nuova*, in «Rivista di Storia dell'Agricoltura», XLIX, 2 (2009), pp. 25-98.

nuovo atteggiamento nei confronti dell'attività politica: il trasformismo.

Per quanto riguarda la questione del suffragio, la legge del 1882, con l'estensione del voto a tutti i cittadini di età superiore a 21 anni che avessero conseguito il titolo di studio della seconda elementare e pagato una tassa di lire 19.80, consentì un coinvolgimento nella vita pubblica della media e piccola borghesia fino ad arrivare agli strati più alti delle classi popolari. Tuttavia, nonostante questo consistente allargamento del suffragio, il voto continuava ad essere influenzato e inquinato dagli interessi di parte sovvertendo così il principio liberale della tutela degli interessi generali.

In questa dinamica si inserì appunto il cd. *trasformismo*¹⁸, una pratica regolarmente utilizzata da Depretis per mantenere l'equilibrio tra le diverse forze politiche. Arginando le spinte estremiste della Sinistra, si

¹⁷ Il lungo e complesso iter normativo portò all'approvazione delle seguenti leggi: legge 22 gennaio 1882, n. 593, relativa ai requisiti per l'elettorato attivo; legge 7 maggio 1882, n. 725, relativa all'introduzione dello scrutinio di lista e del r.d 13 giugno 1882, n. 796, che ridefinì la mappa dei collegi. La nuova disciplina fu poi trasfusa nel Testo unico approvato con r.d. 24 settembre 1882, n. 999 (Pubblicato in Gazzetta Ufficiale, 27 settembre 1882, N. 226).

¹⁸ Sull'argomento, nella ricca bibliografia, si vedano: S. CORLEO, *Collegio plurinominali o uninominali? come poter disciplinare i partiti*, in «Rassegna di scienze sociali e politiche», 4 (1886), n. 1, pp. 347-363; A. BRUNIALTI, *L'eredità politico-parlamentare di A. Depretis*, in «La rassegna nazionale», 9 (1887), vol. 36, pp. 778-787; N. COLAJANNI, *Corruzione politica*, Catania 1888; P. SILIPRANDI, *Considerazioni sul momento politico-parlamentare*, Mantova 1895; G. FORTUNATO, *Dissidenza e trasformismo: 22 maggio 1880 - 7 novembre 1882*, Bologna 1892; ID., *Il "trasformismo" e le elezioni del 29 ottobre 1882: 22 ottobre e 7 novembre 1882*, in *Il Mezzogiorno e lo Stato italiano: discorsi politici: 1880-1910*, Bari 1911, vol. 1, pp. 179-193; A. FERRARI, *Il trasformismo: 1881-1892*, in «Nuova rivista storica», 12 (1928), n. 4, pp. 355-383; R. DE MATTEI, *Cultura e letteratura antidemocratiche dopo l'unificazione*, Firenze 1937; ID., *Dal trasformismo al socialismo*, Firenze 1940; C. MORANDI, *I partiti politici nella storia d'Italia*, Firenze 1945; G. NATALE, *Scandali e corruzione parlamentare*, in «Il ponte», 4 (1948), n. 3, pp. 223-227; G. PROCACCI, *Breve nota sul trasformismo*, in «Spettatore italiano», 1-2 (1949), pp. 100-102; G. CAROCCI, *Nota sul trasformismo*, in «Nuovi argomenti», III (1955), pp. 43-54; ID., *Storia d'Italia dall'Unità ad oggi*, Milano 1977; ID., *Il trasformismo dall'Unità ad oggi*, Milano 1992; F. MANZOTTI, *Alle origini del trasformismo*, in «Nuova Antologia», 102 (1967), pp. 95-103; G. SABBATUCCI, *Trasformismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, VIII, Roma 1998, pp. 658-663; D. LUONGO, *La corruzione tra forme giuridiche e visioni del potere*, in D. CROCCO (a cura di), *Corruzione e inefficienza nella pubblica amministrazione*, Napoli 2017, pp. 21-119.

promuoveva il superamento delle categorie politiche tradizionali, con il risultato di coinvolgere nel sostegno alla politica governativa i rappresentanti indipendentemente dalle loro appartenenze partitiche. L'incoerenza culturale e ideale, il distacco tra i progetti proposti e i comportamenti concreti, la tendenza a far propri gli argomenti e i programmi politici degli avversari al solo fine di svuotarli di significato, alimentarono inevitabilmente la corruzione politica che si tradusse in un mercato elettorale. In quest'ottica il trasformismo, reggendosi su scambi e favori politici, favorì lo spregiudicato perseguimento di interessi particolari danneggiando ulteriormente il paese che si mostrava piuttosto debole e diviso.

In questa prospettiva e nello stesso anno della riforma dell'istruzione si intensificarono le discussioni sulla questione della conservazione dei beni culturali tant'è che nella Relazione dell'Ufficio Centrale sul progetto di legge sulla Conservazione dei Monumenti e degli oggetti d'arte e d'archeologia¹⁹, presentato al Senato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica Michele Coppino, nella tornata del 3 febbraio 1877, vennero evidenziate le criticità a cui si andava incontro, soprattutto quella della salvaguardia della proprietà privata i cui limiti avrebbero bloccato qualsiasi tipo di progresso sociale. Si guardavano con sfavore tutte le proposte legislative che tendevano a limitare l'esercizio della proprietà privata. Le ragioni giustificatrici risiedevano nell'idea, profondamente radicata nella realtà sociale ed economica borghese, della unicità ed esclusività del diritto di proprietà²⁰.

¹⁹ ATTI PARLAMENTARI, SENATO DEL REGNO, *Documenti, Progetti di Legge e Relazioni*, Legislatura XIII, sessione del 1876-77, *Relazione dell'ufficio centrale*, doc. n. 30-A, pp.1-18.

²⁰ Amplissima la letteratura storico-giuridica esistente sul diritto di proprietà. Tra i lavori più rilevanti si vedano: B. D'AMBROSIO, *Sul diritto di proprietà: considerazioni*, Napoli 1875; F. DEgni, *I Limiti del diritto di proprietà*, Milano 1901; E. SALVI, *Storia del diritto di proprietà*, Milano 1915; P.J. PROUDHON, *Che cos'è la proprietà? o Ricerche sul principio del diritto e del governo: prima memoria (1840)*, prefazione, cronologia, bibliografia di U. CERRONI (a cura di), Roma-Bari 1967; P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», V/VI (1976/77), pp.201-338; ID., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli 2006; S. RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», V/VI (1976/77), pp. 881-917; ID., *Il terribile diritto: studi sulla proprietà*

La proprietà, pensata come un'estensione della libertà, veniva considerata, almeno astrattamente, come una prerogativa generica di chiunque. Quindi, proteggerla significava proteggere ciò che tutti potenzialmente possedevano. Tuttavia la sostanza era ben diversa dalla forma perché in una società diseguale la protezione della proprietà finiva per garantire il diritto degli uni e impedire quello degli altri, con il rischio che la concessione formale di un diritto potesse nascondere la sua sostanziale negazione. Pertanto proporre una legge limitativa della proprietà equivaleva a cospirare contro di essa.

In questa situazione, la limitazione di un diritto si poteva giustificare solo con la protezione di altri interessi particolari e non con la protezione dell'interesse generale. Per questo si ostacolavano tutte quelle misure politiche e giuridiche dirette ad assicurare l'interesse pubblico e il limite al diritto di proprietà veniva considerato un sacrificio illegittimo dell'interesse individuale in assenza di un altro interesse individuale da tutelare²¹.

In particolare l'ideologia liberale, esaltando l'autosufficienza del diritto di proprietà e tendendo a mantenere separate le sfere delle libertà individuali, ebbe un ruolo decisivo nel rimandare ogni decisione sulla questione della proprietà delle opere d'arte²².

privata, Bologna 1990; F. DE MARTINO, *Lezioni di storia del diritto italiano: la proprietà*, Napoli 1946; ID., *La proprietà*, Napoli 2010.

²¹ A. M. HESPANHA, *La cultura giuridica europea*, Bologna 2013, pp.236-238.

²² La nuova disciplina trasse ispirazione dalla filosofia dell'epoca ed approdò nel Code civil del 1804. La consacrazione della vittoria ottenuta con la Rivoluzione ridisegnò l'assetto del diritto che in epoca precedente risultava smembrato in varie forme di dominio e gravato da diversi pesi e obblighi che ne modificavano l'essenza. La teoria dei diritti soggettivi naturali insieme alla rivoluzione francese, ricostruendo questo assetto, ricollegarono la proprietà alle idee di libertà e di eguaglianza in modo da liberarla dai vincoli del passato e assicurare ai nuovi proprietari la libertà nell'esercizio dell'autonomia individuale e il potere di godere e disporre in maniera piena ed esclusiva del diritto. Si trattò di agire contro tutto ciò che aveva soffocato la libertà, l'indipendenza e l'autonomia del singolo per ridare alla proprietà il suo originario requisito di individualità. Già con il codice del 1865 vi era stata la previsione di strumenti per una differente rappresentazione giuridica della proprietà attraverso un diverso uso della legge. La legge rappresentò il punto di riferimento nella realizzazione dell'istituto giuridico. Non solo bisognava svincolare l'individuo dal potere politico ma anche preservarlo dalle minacce derivanti dalla prepotenza economica di altri soggetti privati. Quindi fu inevitabile il mutamento dei compiti dello Stato e del diritto rispetto alla regolamentazione dei rapporti privati.

La battaglia borghese a difesa della proprietà privata rievoca inevitabilmente la questione del rapporto tra diritto privato e diritto pubblico la cui genesi storica ha evidenziato un processo di evoluzione dapprima caratterizzato dalla prevalenza del diritto privato sul diritto pubblico e successivamente da una soggezione del privato al pubblico. Il binomio diritto privato e diritto pubblico, pur nella sua apparente ambiguità, altro non è che una declinazione del rapporto tra l'individuo e lo Stato. La separazione tra le due sfere, che diviene possibile solo quando giunge a compimento il processo di separazione dell'individuo dal gruppo sociale e quindi dallo Stato, trova il suo precedente nella società di età moderna caratterizzata da individui liberi e indipendenti²³.

Il regime della proprietà rappresentava un principio costitutivo del sistema. L'esempio è dato dalla posizione centrale ricoperta dai beni e dalla proprietà all'interno dei codici delle società moderne.

Questa situazione patrimoniale fece sì che grandi risorse di denaro facilitassero l'acquisto di oggetti di valore; tuttavia le opere d'arte rimanevano negli spazi privati delle case e questo rappresentava un eccesso di moderazione e di misura, caratteristica peculiare della borghesia ottocentesca²⁴.

Dopo il 1870 con l'estensione del codice civile alla nuova capitale del regno e alle sue nuove province, con l'abolizione dei fidejcommessi e dei decreti di soppressione delle corporazioni religiose, ci si pose il problema della sopravvivenza delle norme sulle antichità e belle arti emanate dai cessati governi che, se da una parte venivano considerate come uno strumento per affermare l'autorità dello Stato sulla

²³ Com'è noto la seconda metà dell'Ottocento si distinse sia teoricamente che storicamente dall'età moderna per le trasformazioni politiche, economiche e sociali che interessarono l'Italia soprattutto dopo l'Unità. Gli ultimi decenni si erano aperti a nuovi processi ed equilibri perciò risultarono contrassegnati da importanti antinomie legate all'avvento della seconda rivoluzione industriale e alla nascita della società di massa. Il diritto pubblico e il diritto privato si mescolarono e intersecarono vicendevolmente per la realizzazione dell'equilibrio economico derivante dalla reciproca e spontanea relazione tra forze individuali.

²⁴ A livello teorico si tendeva alla separazione tra sfera pubblica e privata, alla distinzione tra spazio aperto e spazio chiuso. Nella sostanza però questi elementi irrimediabilmente s'intrecciavano, tanto da rendere impossibile la separazione delle due sfere.

conservazione, dall'altra erano viste come una violazione del principio della proprietà privata tramite l'azione del governo.

Nella massiccia opera di unificazione legislativa del 1865 non fu riservato molto spazio alla questione della salvaguardia del patrimonio storico-artistico, prevedendosi esclusivamente nella legge 25 giugno 1865 n. 2359, la possibilità di espropriare i monumenti mandati in rovina dall'incuria dei proprietari. Non essendosi prodotte nuove norme, conservarono la loro efficacia le norme preunitarie, formalmente confermate dalla legge 28 giugno 1871 n. 286.

2. La difesa degli "interessi morali". I precedenti del disegno di legge di Ferdinando Martini

Prima del disegno di legge Martini del 1892, di cui si dirà in dettaglio, diversi furono i disegni di legge presentati sulla conservazione dei monumenti, tutti ispirati alle leggi pontificie in materia di vendita, esportazione e prelazione, il primo risalente al 1868.

La conservazione e la difesa dei monumenti e degli oggetti di antichità e di arte doveva avvenire attraverso la predisposizione di un'adeguata legislazione, che tenesse conto dei diritti e delle libertà dei privati.

Il tema della conservazione dei monumenti, nei ventiquattro anni intercorsi tra il primo e l'ultimo disegno di legge - quello divenuto legge nel 1902 - interessò ministri della pubblica istruzione, Camera, Senato, stampa, archeologi e cultori d'arte, che tentarono, ognuno in base alle proprie cognizioni, attraverso svariate proposte, di apportare un contributo che mettesse d'accordo le varie anime portatrici dei diversi interessi in gioco. Tuttavia, nonostante la cura e l'impegno profuso, la legge non fu fatta e non fu esercitata alcuna azione di tutela. Solo nell'ultimo decennio del XIX secolo, la migrazione di diverse opere d'arte considerate "di sommo pregio" fuori dei confini italiani ed, in particolare, la vicenda della spoliatura della Galleria Sciarra²⁵, indusse il ministro dell'Istruzione Pasquale Villari alla

²⁵ In particolare si fa riferimento alla vicenda relativa alla Galleria Sciarra, all'interrogazione dell'onorevole Filippo Mariotti, discussa nella stessa seduta del 1 febbraio 1892, di approvazione della legge "catenaccio". Il ministro Villari ricostruì

dettagliatamente la vicenda: «Sin dalla estate scorsa, io mi ero impensierito della questione relativa alla galleria Sciarra, e desideravo che lo Stato la acquistasse. E questo, per due ragioni. La prima, perché si parlava insistentemente di pericoli che correva questa galleria; di trafugamenti che vi si erano verificati; di quadri i cui originali erano stati portati via, ed ai quali erano state sostituite delle copie. L'altra perché la galleria stessa, pur essendo fidecommissaria, si affermava non fosse soggetta alla servitù pubblica. Se ciò è vero, quand'anche se ne fosse assicurata la conservazione, ma venisse tenuta chiusa e nessuno potesse visitarla, diverrebbe una galleria inutile. Per queste ragioni desideravo che la galleria venisse acquistata dallo Stato, e ritornasse ad essere, come era stata in passato, una delle attrattive principali della città di Roma. Epperciò cominciai a trattare per vedere se era possibile giungere ad un accordo per l'acquisto, dopo di che avrei presentata una legge alla Camera. Arrivai così, sempre però con la riserva di una legge, sino alla offerta di circa un milione. Questa somma non rappresentava il prezzo reale della galleria, ma il prezzo stesso diminuito del valore che la servitù poteva rappresentare. Non si venne però ad alcuna conclusione, e le trattative furono interamente rotte. Dopo un certo tempo, il principe Sciarra disse di aver trovati nuovi documenti, coi quali credeva di poter provare, che la galleria non era fidecommissaria, ma libera, e promosse una causa al Governo appunto per dimostrare che la sua galleria non aveva vincolo fidecommissario. Io incaricai l'Avvocatura generale erariale di difendere i diritti del Governo, perché ritengo, e le persone legali che ho consultate ritengono del pari, che la galleria Sciarra sia certamente fidecommissaria. In ogni modo, ammettendo anche la possibilità di una disputa, a me pareva evidente che, fino a quando la lite non fosse risolta, la galleria legalmente rimanesse nelle condizioni in cui era sempre stata, e che quindi, in pendenza della decisione dei tribunali, io avessi il diritto, anzi il dovere di agire a norma della legge del 1871. Al principe Sciarra pareva invece che, avendo egli iniziata la lite e presentati dei documenti nuovi, le cose fossero mutate, e quindi ognuno rimase della sua opinione. Intanto le voci di trafugamenti, di vendita, a forza di ripetersi, presero tale consistenza che io dovetti impensierirmene e credere che in esse ci fosse realmente qualche cosa di vero. Ed allora mandai, a norma della legge del 1871 e del regolamento successivo, due ispettori del Ministero della pubblica istruzione per vedere se i quadri v'erano o non v'erano più. Questa ispezione venne respinta, dicendo che, se si voleva visitar la galleria, si doveva entrar colla forza, perché la galleria era libera e non si voleva accettare nessuna ispezione. Io allora credetti di dover procedere giudiziariamente, tanto più che, siccome c'era stato un sequestro sulla galleria per parte di creditori del principe Sciarra, ritenevo necessario che anche lo Stato procedesse ad un sequestro conservativo, per mantenere integri i suoi diritti. E il sequestro fu deliberato. Debbo dire che, prima di venire a questo passo, io feci tutti i tentativi possibili per evitarlo, pregando che si lasciasse visitare questa galleria in un modo o nell'altro; ma la sola risposta che potetti avere fu questa: che il principe dava la sua parola che i quadri erano in Roma, ma non garantiva che l'indomani ci sarebbero stati. Avendo io avuta questa risposta, non potei più esitare, e mi decisi a procedere giudiziariamente. Ora il sequestro è stato posto sui quadri

preparazione e rapida presentazione, nella seduta del 28 gennaio 1892, di un disegno di legge dal titolo «Provvedimenti per le gallerie fidecommissarie di Roma»²⁶ e la relazione della Commissione²⁷. Il disegno di legge fu approvato d'urgenza dalle Camere e, il 7 febbraio 1892, si sarebbe trasformato nella legge N.31 recante «Provvedimenti per le gallerie, biblioteche e collezioni d'arte e di antichità».

Gli obiettivi della protezione, come si evince dalla relazione della Commissione, non erano soltanto legati a «interessi materiali», ma anche e soprattutto a «interessi morali»²⁸.

Intanto il 1 febbraio 1892, nel corso della discussione del disegno di legge «Provvedimenti per le gallerie fidecommissarie di Roma», che rappresentava un aspetto particolare della più ampia materia della tutela delle opere d'arte, l'onorevole Crispi presentò un emendamento al primo articolo, sostenendo che la pena della reclusione da tre a trenta mesi, si sarebbe dovuta applicare a

«Chiunque sottrae, sopprime, distrugge, o in qualsiasi modo distrae e converte in profitto proprio o di altrui, quadri,

che ancora si trovano nella galleria Sciarra; ma i quadri migliori non si sono trovati; e non solo quei tali 17 quadri, che la Commissione artistica aveva giudicato di sommo pregio, ma un numero anche maggiore, che arriva fino ai cinquanta. Ora un altro sequestro si dovrà fare nella Villa Sciarra, e se dopo questo i quadri non si trovano, quale sarà la posizione? La posizione sarà questa: che la sottrazione di questi quadri costituisce una violazione dell'editto Pacca, il quale ammette il commercio delle opere d'arte, libero in Roma, ma vuole che la vendita sia denunciata al Governo ed autorizzata. Se poi passa questa legge, che si è chiamata di catenaccio, la sottrazione darà luogo all'applicazione della legge stessa, e dovrà intervenire il magistrato penale» in ATTI PARLAMENTARI, CAMERA DEI DEPUTATI, *Discussioni*, Legislatura XVII, Tornata del 1 febbraio 1892, discorso dell'On. Ministro dell'Istruzione Pubblica VILLARI, pp.5628-5629.

²⁶ A. P., CAMERA DEI DEPUTATI, *Discussioni*, Legislatura XVII, Tornata del 28 gennaio 1892, discorso dell'On. Presidente BIANCHERI, p. 5544; A. P. CAMERA DEI DEPUTATI, Documenti, Disegni di Legge e Relazioni, Legislatura XVII, 1^a sessione 1890-91-92, Disegno di Legge *Provvedimenti per le gallerie fidecommissarie di Roma*, presentato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica VILLARI, doc. n. 299, pp.1-3.

²⁷ A. P., CAMERA DEI DEPUTATI, Documenti, Disegni di Legge e Relazioni, Legislatura XVII, 1^a sessione 1890-91-92, *Relazione della Commissione* sul Disegno di Legge *Provvedimenti per le Gallerie fidecommissarie di Roma*, presentato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica VILLARI, relatore GALLO, doc. n. 299-A, pp.1-5.

²⁸ Ivi, p.1.

statue, od altre opere custodite nelle gallerie, nelle biblioteche, nelle pinacoteche, nei musei e nelle chiese, monumenti storici o di arte, ancorché di privata proprietà»²⁹.

Per l'onorevole Crispi, quella in discussione era una legge imperfetta, improvvisata, definita legge del 'catenaccio'³⁰, «presentata in conseguenza di un caso singolo [...] *ab irato*»³¹, finiva per prendere in considerazione solo una parte del patrimonio artistico italiano, disattendendo gli scopi della legge stessa.

Seguirono diversi interventi e la replica del relatore, onorevole Gallo che sottolineò le condizioni di emergenza che avevano spinto il ministro Villari all'adozione di una normativa di tutela immediata, rinviando un più approfondito esame della questione a tempi normali:

«Discuteremo a suo tempo, quando cioè la Commissione vi avrà presentato un'altra relazione con un altro disegno di legge, quali debbono essere i limiti da assegnarsi alle proposte del ministro della pubblica istruzione; cioè se esse debbano solamente riguardare le gallerie o le opere d'arte singole, se soltanto le gallerie fidecommissarie, o anche le gallerie libere, ossia di proprietà privata; se dobbiamo restringere la loro azione a Roma o allargarla in tutta l'Italia. Allora sarà il caso di esaminare la differenza delle legislazioni tra l'una e l'altra regione d'Italia ed unificare tutte le legislazioni tanto nella materia tecnica quanto nella materia penale»³².

²⁹ A. P., CAMERA DEI DEPUTATI, *Discussioni*, Legislatura XVII, Tornata del 1° febbraio 1892, discorso dell'On. Presidente BIANCHERI, p. 5631.

³⁰ Il termine venne utilizzato dall'onorevole Indelli nella seduta del 28 gennaio 1892 e si riferiva alla "blindatura" delle collezioni d'arte attraverso la previsione di una sanzione penale in caso di violazione dei vincoli apposti e, in particolare, in caso di trasferimento elusivo dei beni facenti parte delle stesse.

³¹ A. P., CAMERA DEI DEPUTATI, *Discussioni*, Legislatura XVII, Tornata del 1° febbraio 1892, discorso dell'On. CRISPI, p. 5631.

³² A. P., CAMERA DEI DEPUTATI, *Discussioni*, Legislatura XVII, Tornata del 1° febbraio 1892, discorso dell'On. GALLO, p.5640.

In diverse occasioni alla Camera era stata affrontata la questione, senza giungere a risultati concreti, quindi era opportuno avanzare proposte normative di immediata applicazione, che rappresentassero uno strumento valido ed efficace per garantire la tutela, la valorizzazione e la fruizione dei capolavori d'arte della capitale e dell'intero Stato. Il relatore rimarcava l'inopportunità di un esame dell'emendamento di Crispi nella discussione dell'attuale disegno di legge e faceva notare che sarebbe stato pericoloso, in quel momento, affrontare l'argomento più generale della tutela delle opere d'arte in possesso dei privati perché si trattava di una questione intricata e di difficile soluzione che andava approfondita adeguatamente:

«Ed a me pare che, se l'onorevole Crispi, uomo di mente incontestabilmente superiore, facesse attenzione che il suo emendamento, in questo disegno di legge che discutiamo, non trova il suo posto, ma lo troverà quando sarà presentato l'altro disegno di legge, non dico che lo ritirerebbe, ma consentirebbe a rimandarlo alla Commissione, perché tenga presenti quelle tali questioni che furono da lui oggi svolte per profittare dei suoi lumi e della sua sapienza storica e politica, quando sarà il momento di proporre le altre disposizioni di legge, che la Commissione si è riservata di presentare d'accordo col ministro. Ma volere oggi, quando la Commissione abbia creduto di limitare il suo compito alle sole disposizioni relative alle gallerie fedecommissarie di Roma, complicare la questione facendo proposte che tendono a modificare la legislazione artistica di tutta l'Italia, mi pare che sia venir meno al compito che la Camera s'è assegnato per l'interesse vivissimo che da Roma non vadano via alcuni capolavori d'arte»³³.

La genericità della definizione delle “opere custodite”, ben individuata da Crispi, rendeva di estrema difficoltà l'effettiva applicazione dell'azione di tutela.

L'argomento esposto da Crispi non fu tralasciato ma, semplicemente, rimandato. Il disegno di legge in discussione era stato

³³ Ivi p.5641.

pensato con lo scopo di provvedere prima al caso singolo speciale e poi a unificare la legislazione, tentando di risolvere tutte le questioni relative al patrimonio artistico nazionale. La questione romana delle gallerie fidecommissarie essendo un caso particolare, andava distinto dalla questione della conservazione dei monumenti privati del resto dell'Italia ed era impossibile pensare di risolvere una questione speciale come quella attraverso una legge generale. La predisposizione di una legge unitaria per il patrimonio artistico italiano sarebbe avvenuta di lì a poco, dopo la predisposizione di quella sulle gallerie fidecommissarie che avrebbe risolto in parte alcune criticità determinando la modifica di una legge generale in via di presentazione.

Ed infatti poco dopo Villari, nella seduta del 25 febbraio, di concerto con il ministro di grazia e giustizia³⁴ e con il ministro del tesoro³⁵, presentò un altro disegno di legge per la conservazione dei monumenti e delle opere d'arte, strettamente connesso al precedente sulle gallerie fidecommissarie, per il cui esame, la Camera nominò la Commissione da cui si scelse come relatore l'onorevole Gallo. L'obiettivo era quello di trovare una soluzione ai problemi della legislazione vigente caratterizzata da una grande varietà di norme, alcune delle quali³⁶ talvolta alquanto vessatorie per i privati. Le suddette disposizioni costringevano il governo a vigilare costantemente ma si riusciva spesso a sfuggire alle sanzioni disattendendo gli scopi delle leggi.

Era necessaria una legge generale, che non avesse carattere vessatorio, che rispettasse il diritto e la libertà dei cittadini proprietari e contemporaneamente impedisse, attraverso provvedimenti adeguati o sanzioni efficaci, che le opere d'arte di alto valore nazionale uscissero dall'Italia.

Nel presentare il disegno di legge, il ministro sottolineava che la proprietà delle opere illustri e dei monumenti storici aveva carattere speciale sia perché esse facevano parte del patrimonio comune sia perché il loro valore derivava dal genio dell'artista e dal suo profondo legame con la vita nazionale e con le generazioni precedenti:

³⁴ Chimirri.

³⁵ Luzzatti.

³⁶ Editto Pacca.

«Chi può ad esempio, negare che lo Stato abbia il diritto di impedire al possessore del palazzo Strozzi in Firenze, di deturparlo, per cavarne una rendita maggiore? E questo non è un limite giusto, messo nell'interesse dell'arte, alla privata proprietà? Del resto, se lo Stato può limitare l'uso del diritto di proprietà delle cose che servono ai bisogni materiali, come fa per le servitù militari, per le foreste, per le miniere ecc., non gli si può negare un simile diritto per la proprietà artistica. Il volere, senza una tale limitazione, assicurare la conservazione dei monumenti, sarebbe un problema insolubile, perché includerebbe termini contraddittori»³⁷.

Tuttavia per il proponente nell'attuazione della legge era importante non eccedere nel fine, mantenendo la tutela nel recinto dell'indispensabile, in modo da non oltrepassare i limiti della proprietà privata. Nodo cruciale continuava ad essere la questione dell'esportazione che si cercò di risolvere attraverso la previsione di una tassa del quindici per cento che serviva alla creazione di un fondo per l'acquisto e la conservazione degli oggetti di «pregio artistico o storico»³⁸.

A questa, con il fine di accrescere tale fondo, si aggiungevano: una tassa sulle riproduzioni fotografiche e il ricavato della vendita di calchi e duplicati di oggetti che non rivestivano particolare interesse per le raccolte dello Stato.

Lo spirito liberale si tradusse nella libertà dei privati di alienare gli oggetti, anche se con restrizioni³⁹.

Per individuare correttamente il patrimonio storico e artistico dei privati e definire gli obblighi in capo ad essi, fu necessario prevedere la predisposizione di un catalogo dei monumenti di «notevole

³⁷ A. P., CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVII, 1ª sessione 1890-91-92, Disegno di Legge *Conservazione dei Monumenti*, doc. n. 315, p. 2.

³⁸ Art. 1 co. 1, Disegno di legge *Conservazione dei Monumenti*, in A. P., CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVII, 1ª sessione 1890-91-92, Disegno di Legge *Conservazione dei Monumenti*, doc. n. 315, p.5.

³⁹ Diritto di prelazione dello Stato.

importanza»⁴⁰ evidenziando quelli «particolarmente interessanti per il loro insieme e come tali notati nel catalogo»⁴¹.

Il ministro, in conseguenza, alla fine della presentazione sottolineò da una parte, le difficoltà di redazione del catalogo, dall'altra, le peculiarità del disegno di legge:

«Non si può pretendere che il primo catalogo riesca perfetto. Ma la pubblicazione di esso e le successive variazioni richiamerebbero l'attenzione di tutti i conoscitori ed amatori dell'arte. E sarebbe, in ogni modo, una garanzia più sicura del giudizio dato volta per volta, in fretta e quindi senza agio di fare gli studi necessari. E poiché molte sono le specie di monumenti, e non è facile farne una enumerazione completa, mi è parso opportuno dare di essi, con oggetto con la legge, una definizione piuttosto lata, comprendendovi tutto ciò che ha pregio per la storia o per l'arte»⁴².

Nelle disposizioni generali, contenute nei titoli I e II, vi erano norme relative alla conservazione, alienazione ed esportazione dei monumenti, mentre quelle sugli scavi venivano trattate nel titolo III e riproponevano essenzialmente il contenuto delle leggi precedenti già in vigore, infine nel titolo IV erano stabilite le sanzioni per le contravvenzioni che dipendevano principalmente dalla valutazione del magistrato chiamato ad applicarle.

Le prescrizioni della legge riguardavano solo in minima parte i monumenti intesi nella loro generalità. Le più importanti si riferivano a quelli di interesse notevole. In tal modo il Governo aveva tuttavia la facoltà di esercitare la sua vigilanza sopra una estesa categoria di monumenti, limitando gli obblighi più gravi imposti ai privati proprietari, esclusivamente a quelli già riconosciuti di notevole importanza. Per trattare diversamente le due categorie di proprietari, sembrò opportuno continuare a distinguere, attraverso un'ulteriore

⁴⁰ Art. 1 co. 2, Disegno di legge *Conservazione dei Monumenti*, cit., doc. n. 315, p. 5.

⁴¹ Art. 2, Disegno di legge *Conservazione dei Monumenti*, cit., doc. n. 315, p. 5.

⁴² A. P., CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVII, 1ª sessione 1890-91-92, Disegno di Legge *Conservazione dei Monumenti*, doc. n. 315, p. 3.

separazione, i privati cittadini e i corpi morali, dai quali nell'interesse pubblico si poteva ottenere molto di più.

L'autorità amministrativa, coadiuvata dai Corpi tecnici competenti, si sarebbe occupata dell'iscrizione nel catalogo, a prescindere dall'assenso del proprietario; tuttavia si dava a questo, anche quando era un Corpo morale il mezzo di difesa dei suoi interessi, costringendo l'Amministrazione pubblica ad esaminare i suoi reclami contro l'iscrizione e per la cancellazione.

Ai Corpi morali che dovevano provvedere ai bisogni delle classi dirigenti era data l'opportunità di usufruire di questo mezzo di difesa, in modo tale che, ove fosse necessario, si permettesse la vendita degli oggetti di loro proprietà in tutto il Regno.

Il disegno di legge del Villari aveva un duplice scopo, sia quello di proteggere i monumenti dalla distruzione e da qualsiasi altro danno o alterazione, sia quello di impedire che il patrimonio artistico nazionale si impoverisse.

Nonostante l'accoglimento da parte dell'opinione pubblica sia delle nuove leggi restrittive sulle belle arti sia delle rigide applicazioni delle norme antiche ancora vigenti, nonché l'esaltazione dell'inestimabile patrimonio artistico della nazione, l'avvento della nuova legislatura interruppe bruscamente l'iter legislativo che fu ripreso con slancio soltanto dal ministro Martini.

Successore di Villari alla Minerva, Martini oltre ad essere uomo colto ed intelligente era un vero e proprio intenditore di Belle Arti.

Il modo migliore per delineare la figura di questo personaggio è senza dubbio quello di soffermarsi sui tratti salienti della sua personalità, mettendo in evidenza le varie fasi della sua formazione culturale.

Professore di lettere e scrittore, era nato a Firenze il 30 luglio 1841 da una nobile famiglia di Monsummano⁴³. Il padre Vincenzo, scrittore

⁴³ Per i riferimenti bibliografici si vedano tra gli altri: F. MARTINI (a cura di), *Il primo passo: note autobiografiche*, Firenze 1882; G. CHECCHIA, *Poeti, prosatori e filosofi nel secolo che muore: studi, ritratti e bozzetti*, Caserta 1900; B. CROCE, *Ferdinando Martini*, in *La letteratura della Nuova Italia*, III, Bari 1908, pp. 317-34; A. DONATI, *Ferdinando Martini*, Roma 1925; G. MAZZONI, *Ferdinando Martini*, estratto da «Nuova Antologia», 63, (1928), fasc. 1348, pp. 137-158; V. CIAN, *Necrologi: Ferdinando Martini*, in «Giornale storico della letteratura italiana», 91 (1928), 420-421; M. VALGIMIGLI, *L'epistolario di Ferdinando Martini*, in «Pan: rassegna di lettere, arte e musica», 10

di commedie, luogotenente, generale e ministro nel Governo granducale, gli aveva trasmesso la passione per le belle lettere e l'interesse per la vita politica, vissuta con grande partecipazione e trasporto. La formazione umanistica incise profondamente sul suo lavoro di scrittore e linguista, arricchendo la sua multiforme attività letteraria e culturale.

Si affermò precocemente nel panorama letterario del secondo Ottocento influenzando talvolta la letteratura contemporanea, grazie alla scelta di una lingua purissima, libera sia da contaminazioni straniere sia da imprecisioni dialettali, a uno stile semplice e asciutto e alla inimitabile incisività e trasparenza delle sue acute osservazioni. I saggi, i Proverbi, le novelle, gli scritti di critica teatrale e i numerosi articoli su diversi giornali occuparono ben presto una posizione di rilievo in quel clima letterario e politico ricco di fermenti e di attese⁴⁴. Nel 1869 fu Professore di Lettere e storia alla Scuola normale femminile di Vercelli e fino al 1872 Professore di Lettere e Storia alla Scuola normale superiore di Pisa.

Negli stessi anni Martini si dedicò al giornalismo e nel 1871 collaborò a “Il Fanfulla”, nel 1879 fondò e diresse fino al 1882 “Il Fanfulla della Domenica”. Fu inoltre direttore de “La Domenica letteraria” dal 1882 al 1885. Nel 1879 divenne socio della Società Geografica Italiana. Contemporaneamente la sua attività politica, che

(1934), pp.178-190; E. BARBETTI, *Ferdinando Martini*, estratto da «Rivista italiana del dramma», 20 (1941), n. 6, pp.1-40; U. OJETTI, *Alla scoperta dei letterati*, P. PANCRAZI (a cura di), Firenze 1967.

⁴⁴ Si citano alcune tra le sue opere più importanti: F. MARTINI, *Teatro di Ferdinando Martini*, Milano 1872; ID., *Di palo in frasca*, Modena 1891; ID., *Nell'Africa italiana: impressioni e ricordi*, Milano 1891; ID., *Cose africane: da Saati ad Abba Carima*, Milano 1896; ID., *A zonzo*, Catania 1899; ID., *Chi sa il gioco non l'insegna; La strada più corta; Il peggio passo è quello dell'uscio; La vipera*, Firenze 1906; ID., *Pagine raccolte*, Firenze 1912; ID., *Peccato e penitenza e altri racconti*, Milano 1913; ID., *Confessioni e ricordi: Firenze granducale*, Firenze 1922; ID., *Simpatie: studi e ricordi*, Milano 1926; ID., *Confessioni e ricordi, 1859-1892*, Milano 1929, pp. 49-77; ID., *Fra un sigaro e l'altro: chiacchiere di Fantasio; A zonzo*, Milano 1930; ID., *Pagine raccolte*, Firenze 1933; ID., *Lettere, 1860-1928*, Milano 1934; ID., *Nell'Africa italiana*, Milano 1935; ID., *Il diario eritreo*, Firenze 1942-1943; ID., *Di palo in frasca: dal Fanfulla della Domenica e da La Domenica letteraria*, Milano 1944; ID., *Diario: 1914-1918*, Milano 1966.

lo portò nel 1892 a ricoprire la carica di Ministro della Pubblica istruzione⁴⁵.

3. *Martini ministro giolittiano*

Ferdinando Martini per il suo interesse pieno e attivo alla vita politica ricoprì importanti incarichi di governo.

Infatti la sua attività letteraria si intrecciò con la partecipazione alla vita politica: fu deputato alla camera dal 1876 al 1919, dalla dodicesima alla ventiquattresima legislatura, quale rappresentante dei collegi di Pescia e Lucca, ricoprendo diverse cariche politico-amministrative, tra le quali anche quella di Commissario civile per la Colonia Eritrea dal 1898 al 1907.

Il riassetto dei gruppi politici successivo alla morte di Depretis spinse Martini ed altri deputati di centrosinistra a mettersi dalla parte di Zanardelli e proclamarlo leader⁴⁶. Negli anni 1890 e 1891 si occupò delle questioni legate all'istruzione e agli ordinamenti scolastici.

Dal 15 maggio 1892 al 15 dicembre 1893 fu ministro dell'Istruzione Pubblica nel primo ministero Giolitti⁴⁷. Durante il ministero predispose la riforma delle università adoperandosi a realizzare una razionalizzazione degli atenei che eliminasse quelli minori⁴⁸ e annullasse la distinzione tra università complete e incomplete.

Martini sosteneva che il numero delle Università italiane era eccessivo e che la stragrande maggioranza degli atenei disponeva di strutture fatiscenti e di materiale scientifico inadeguato⁴⁹. Tuttavia la

⁴⁵ Per la biografia si rimanda a: R. ROMANELLI, *Martini, Ferdinando*, in *DBI*, LXXI, Roma 2008, pp. 216-223.

⁴⁶ Sottoscrisse infatti le quote di 500 lire proposte da Zanardelli per la difesa e l'incremento del partito liberale.

⁴⁷ Su Martini ministro di Giolitti cfr. A. MOLA, A.G. RICCI (a cura di), *I Governi Giolitti (1892-1921)*, in *Giovanni Giolitti: al Governo, in Parlamento, nel carteggio*, Foggia 2007. Martini ebbe come sottosegretario Scipione Ronchetti (1846-1918), che sarebbe passato agli Interni nel governo Zanardelli del 1901 (pp. 95-96), poi Ministro di Grazia, Giustizia e dei Culti nel Governo Giolitti 1903-1905 (p. 173). Si segnalano inoltre gli A. P. della Camera dei Deputati relativi alla XVII e XVIII legislatura di seguito citati.

⁴⁸ I suoi attacchi più forti furono contro l'Università di Macerata.

⁴⁹ In argomento si segnala: F. MARTINI, *Le Università*, in «Nuova Antologia», 6 (1894), pp. 193-209; 7 (1894), pp. 385-407.

ferma opposizione dei centri minori gli impedì la realizzazione del progetto⁵⁰.

Portò inoltre all'attenzione del parlamento, oltre alle note questioni relative all'istruzione⁵¹, anche quella della salvaguardia dei beni culturali, presentando un disegno di legge sulla Conservazione dei monumenti e degli oggetti d'arte e di antichità.

Pochi giorni prima della composizione del nuovo governo, espresse le sue preoccupazioni di fronte a un Gabinetto debole, incerto, sconquassato da dissidi interni quale era quello del Di Rudinì.

Come è noto dopo la caduta del governo Crispi, determinata dalla grave crisi economica e finanziaria, fu affidato l'incarico di formare il nuovo governo al marchese Di Rudinì⁵² che però, non essendo riuscito a realizzare una coalizione con Giolitti e Zanardelli, assunse l'incarico ricorrendo anche a due uomini di sinistra, Nicotera all'Interno e Branca ai Lavori Pubblici, allontanandosi così dalla tradizione di governo della Destra Storica.

Tra i mesi di marzo e maggio del 1892 ci furono diversi contrasti all'interno del ministero principalmente a causa dell'inasprimento della politica fiscale. In quell'occasione il ministro della guerra Pelloux diede le dimissioni e il re incaricò Di Rudinì di ricostituire il ministero. A questo punto, Di Rudinì rinominò Nicotera agli interni offrendo il ministero del tesoro a Giolitti che dichiarò la sua presenza nel governo incompatibile con quella di Nicotera. Essendosi dimesso anche il ministro Colombo, Di Rudinì si ripresentò al parlamento per chiedere la fiducia che il 5 maggio fu respinta dalla Camera e Di Rudinì presentò nuovamente le dimissioni al re. Giolitti, avendo manifestato con forza in quell'occasione la sua disapprovazione verso la politica fiscale del Di Rudinì, ed avendo avuto un ruolo decisivo nella caduta del governo, ottenne dal re Umberto I l'incarico di formare il nuovo governo.

Nel discorso alla Camera Giolitti affermò che l'intento del Ministero era quello di seguire l'indirizzo segnato dal Parlamento occupandosi dell'organizzazione della finanza e agevolando la

⁵⁰ Infatti il progetto non fu neanche discusso alla Camera.

⁵¹ Per le informazioni relative alle riforme della scuola e dell'università si rimanda alla biografia pubblicata nel *DBI* cit., p. 218.

⁵² Antonio Sarabba marchese Di Rudinì, aristocratico siciliano, era stato sindaco di Palermo nel 1866.

rinascita economica del paese, unita in maniera inscindibile al pareggio di bilancio. Insisteva sul duplice scopo delle riforme finanziarie, ovvero il rafforzamento delle economie fatte, attraverso la regolazione dei servizi in base alla spesa ridotta e conseguimento di nuove e durature riduzioni di spese:

«Il pareggio del bilancio dello Stato non è il solo dei fini che una illuminata politica economica si deve prefiggere. L'opera nostra deve mirare più in alto: deve mirare al risorgimento economico del paese. L'azione del Governo non può essere però il solo coefficiente per raggiungere codesta mole, dovendo concorrere in prima linea la operosità privata, il lavoro, la previdenza, il risparmio»⁵³.

Il nuovo ministero si presentò al parlamento il 25 maggio del 1892 in questa composizione: Giovanni Giolitti Presidente del Consiglio, ministro dell'interno e ministro per interim del tesoro; nella carica di ministro della marina, veniva confermato il viceammiraglio Simone Pacoret de Saint Bon, senatore del Regno; e nella carica di ministro della guerra, il tenente generale Luigi Pelloux. Venivano nominati: Ministro degli affari esteri, il deputato Benedetto Brin; Ministro delle finanze, il deputato Vittorio Ellena; Ministro di grazia, giustizia e culti, il deputato Teodorico Bonacci; Ministro della pubblica istruzione, il deputato Ferdinando Martini; Ministro dei lavori pubblici, il deputato Francesco Genala; Ministro di agricoltura, industria e commercio, il deputato Pietro Lacava; Ministro delle poste e telegrafi, il deputato Camillo Finocchiaro-Aprile⁵⁴.

Tale composizione di uomini di sinistra o centro sinistra evidenziava sicuramente un netto spostamento a sinistra, ma vi erano alcuni che consideravano Giolitti un presidente imposto dalla corona e altri sottolineavano la provenienza dello stesso dall'amministrazione e la sua assenza dalle lotte rivoluzionarie. Tutto ciò rese difficile la sua opera di presidente e si sviluppò un dibattito politico sulla questione

⁵³ A. P., CAMERA DEI DEPUTATI, *Discussioni*, Legislatura XVII, Tornata del 25 maggio 1892, discorso dell'On. Presidente del Consiglio dei Ministri GIOLITTI, p. 7864.

⁵⁴ Ivi, p.7863.

della ricostituzione dei partiti che vide tra i protagonisti sostenitori e avversari del governo. La maggioranza della Sinistra capeggiata da Zanardelli e parte dell'estrema Sinistra appoggiavano il governo sostenendo che con esso si stesse assistendo alla nascita di una nuova Sinistra con il conseguente superamento del trasformismo; la Destra e il centro-destra invece sostenevano l'insensatezza della ricostituzione dei partiti, ritenendo che bisognava concentrarsi sulla politica finanziaria perché erano quelli i problemi del paese. Il sostegno a Giolitti arrivò anche dalla stampa napoletana rappresentata da Edoardo Scarfoglio (di cui si dirà in seguito) che sui suoi editoriali sentenziava contro gli avversari politici del governo sempre in maniera veemente e pungente.

Giolitti si inserì come una parentesi, di nuovo liberale, all'interno di una lunga deriva autoritaria, antiparlamentare e antipolitica che, da Crispi al fascismo, caratterizzò mezzo secolo di storia del nostro Paese. Crispi personificava la vocazione autoritaria di una Sinistra alleata con la monarchia mentre Giolitti rappresentava la pratica costruttrice di una classe politica costretta a coinvolgere nel proprio progetto politico la Sinistra in modo da assicurarsi la stabilità⁵⁵.

Tuttavia il programma del primo Governo Giolitti basato principalmente sulla questione finanziaria, non conquistò la Camera e il 26 maggio Baccelli presentò un ordine del giorno di fiducia al governo approvato con 169 voti favorevoli, 160 contrarie e 38 astenuti. Dopo aver presentato le dimissioni, respinte dal re, ottenne lo scioglimento della Camera entro l'autunno e a giugno ebbe l'autorizzazione di Camera e Senato all'esercizio provvisorio per 6 mesi.

Prima di diventare Ministro dell'Istruzione durante il primo governo Giolitti, Martini nel 1891 era stato membro della Commissione d'inchiesta sull'Eritrea⁵⁶.

⁵⁵ A prescindere dal peso che ebbe la corruzione, la sua azione di governo, sia prima che dopo la guerra, può essere considerata come una significativa ripresa liberale all'interno della lunga deriva autoritaria in cui fu trascinato il Paese per ben mezzo secolo, che però ben presto fallì a causa dello scoppio della guerra.

⁵⁶ La Commissione fu nominata per far luce sulle gravi accuse mosse ad alcuni rappresentanti delle autorità italiane in Eritrea. Si trattava dell'affare Livraghi, il più grande massacro di eritrei, accusati di diserzione, ordinato dal tenente dei carabinieri, Dario Livraghi, capo della polizia indigena di Massaua. Martini proprio

Martini viene ricordato principalmente per essere stato un acuto oratore che, grazie all'eleganza della forma linguistica adoperata, seppe coinvolgere costantemente nei suoi discorsi i colleghi.

Attraverso gli articoli, i saggi e i racconti si percepisce una particolare abilità di critico e di osservatore attento e raffinato. Attento osservatore di uomini ed eventi contemporanei, nei libri di memoria si leggono le sue pagine migliori⁵⁷.

Il ricco epistolario di Martini scritto tra il 1860 e il 1928, traccia le linee della sua lunga e intensa vita e della sua personalità.

Nella lettera del 3 maggio 1879 a Matilde Gioli Bartolomei⁵⁸, scrittrice e pittrice, alla quale fu legato da una profonda e fraterna amicizia, ricorda di aver chiesto al ministro dell'Istruzione Pubblica Michele Coppino di acquistare le opere degli artisti toscani esposti in occasione della Mostra d'Arte Nazionale di Torino e di avere la speranza che il ministro potesse accogliere la sua richiesta:

«Io ne parlai con molto calore al Coppino e poiché
addirittura egli non mi tolse né mi ha tolte ancora le speranze
di veder esaudito il mio desiderio, pensai che un bel giorno il

in quell'occasione ebbe inaspettatamente una conversione alla politica coloniale, da lui tanto osteggiata in parlamento. Il processo Livraghi si concluse con una clamorosa e scandalosa sentenza di assoluzione con formula piena del 5 dicembre 1891, che suscitò grande scalpore. La vicenda dell'affare Livraghi è ricostruita da A. DEL BOCA, *Gli Italiani in Africa Orientale*, Roma-Bari 1976-1984. In argomento si veda anche L. MARTONE, *La giustizia italiana nelle colonie*, Torino 2015 e N. LABANCA, *In marcia verso Adua*, Bari 1993.

⁵⁷ Benedetto Croce decantava le sue superiori qualità letterarie e la sua capacità di riuscire a legare scrittura e morale. Abilissimo nel centrare il punto giusto nonostante non toccasse il fondo della questione: «il Martini coglie giusto, non cade in confusione e slogicature, e alla sua conclusione non c'è nulla da obiettare». I suoi canoni educativi e didascalici apparivano sani e meritevoli: «Pochi potrebbero, come lui, fare un libro di questa sorta; perchè pochi, come lui, amando lo stile piano, aborriscono insieme le grette fiorentinerie e quello stomachevole fanatismo toscano dei non toscani, che, nel secolo passato, prese nome di manzonismo («il manzonismo degli Stenterelli»); e pochi renderebbero, come lui, giustizia alle più varie forme dello scrivere piano». Le citazioni sono tratte da B. CROCE, *Ferdinando Martini*, in *La letteratura della nuova Italia. Saggi critici*, Bari 1929, pp.324 e 330.

⁵⁸ F. MARTINI, *Prefazione* in M. BARTOLOMEI GIOLI, *La marchesa Ahiti*, Firenze 1888, pp. V-IV; ID., *In Toscana: Studi dal vero*, Firenze 1898; TINTI M., *Giovanni Fattori: Con note biografiche di Matilde Gioli Bartolomei*, Roma 1926.

ministro levandosi di buon umore avrebbe potuto dirmi - Sa, Martini, compro: vada lei, spenda tanto, pigli quel che le pare. – Come avrei potuto fare a scegliere se avessi già scritto e manifestate le mie predilezioni?»⁵⁹.

In realtà il ministro Coppino era propenso a comprare ma non poteva spendere più di 1500 lire. Al riguardo il Martini sottolineava l'estrema marginalità dei beni artistici nella considerazione del ministro della Pubblica Istruzione:

«Naturalmente ha pochi danari da spendere in quadri; perché l'arte è un dì più poi, come un ministro che si rispetta, vorrebbe di soggetto storico. Io gli ho risposto che di soggetto storico quadri non ve n'erano; ma che si penava poco, volendo, farli diventare. Una bambina che salta un fosso può benissimo diventare *Giovanna d'Arco fanciulla*; tre donne che cantano davanti a un banco d'aranci si possono senza troppa difficoltà mutare in *Popolane che cantano l'Inno della Redenzione di Palermo*, e in un gallo che becca in *Marzo* nessuno impedisce di riconoscere il gallo che ha cantato o canterà a confusione di San Pietro. Dietro queste osservazioni, Sua Eccellenza si è degnato di manifestarmi in segreto: che non ha un fondo *per i quadri di genere o di paese molte e invincibili antipatie; bensì preferirebbe il genere dove può essere un sentimento che nel paese non è*. (Cito parole testuali: e un bel soggetto per un quadro storico sarebbe un ministro del Regno d'Italia che nel 1879 dice di queste cose). La conclusione è questa: non può spendere più di 1500 lire: vorrebbe un quadro di certe dimensioni: laonde i piccoli bisogna lasciarli da parte. Desidera ch'io gli rimetta dopo queste sue indicazioni una nota dei quadri che potrebbero comprarsi per questo prezzo: avvertendo (e questo è vero) che a Roma gli han fatto il ribasso del 50 per cento sui prezzi segnati in catalogo»⁶⁰.

⁵⁹ F. MARTINI, *Lettere*, cit., p. 69.

⁶⁰ *Ivi*, p. 70.

4. *L'articolo di Scarfoglio sul patrimonio artistico degli Italiani*

Ad ogni modo, da privato cittadino, Martini espresse la sua posizione circa la tutela delle opere d'arte già nelle lettere indirizzate a Edoardo Scarfoglio⁶¹, apparse sul Corriere di Napoli nell'agosto del 1891, anticipando le linee guida del disegno di legge che lo vedranno protagonista del dibattito parlamentare nel 1892-93.

In quel periodo la produzione giornalistica e anche narrativa napoletana era incline ad osservare la realtà locale in maniera da svelarne le diversità rispetto al contesto nazionale⁶².

La stampa quotidiana e periodica assicurava alla tematica letteraria un'ampia diffusione: infatti intellettuali e scrittori offrivano la loro piena collaborazione ai giornali in modo da far emergere nuove figure di scrittori-giornalisti.

Ambito preferito per l'attività di questi scrittori-giornalisti fu la terza pagina dei grandi quotidiani, quella deputata alla cultura e alla letteratura; grande risalto ebbero anche i giornali domenicali e le

⁶¹ Edoardo Scarfoglio (Paganica 1860-Napoli 1917). Giornalista e scrittore, completò gli studi liceali a Chieti. A vent'anni aveva già pubblicato una raccolta di odi barbare, Papaveri, mostrandosi uno scrittore validissimo. Negli anni Ottanta si trasferì a Roma per iscriversi all'università. Non essendo arrivato il successo desiderato, mise da parte le aspirazioni letterarie e si dedicò al giornalismo scrivendo prima sulla Cronaca Bizantina e poi sul Capitan Fracassa. Nello stesso periodo collaborò con i settimanali letterari più importanti del tempo fondati e diretti da Ferdinando Martini, il Fanfulla e la Domenica Letteraria, dove conobbe Matilde Serao che sposò nel 1885. Adottato da Napoli, sua seconda patria, divenne ben presto l'animatore di tutta la stampa napoletana. Per una panoramica sulla figura di Scarfoglio, si vedano tra gli altri: F. STOCCHETTI, *Edoardo Scarfoglio*, Napoli 1923; A. CONSIGLIO, *E. Scarfoglio ed altri studi romantici*, Lanciano 1932; ID., *Le più belle pagine di Edoardo Scarfoglio*, Milano 1939; ID., *Napoli amore e morte: Scarfoglio e Matilde Serao*, Napoli 1959; C. NAZZARO, *Ricordo di Edoardo Scarfoglio*, Torino 1960; L. RUSSO, *Scarfoglio leggendario*, estratto da "Belfagor", XVIII, 6 (1963), pp. 695-698; F. BARBAGALLO, *Il Mattino degli Scarfoglio (1892-1928)*, Parma 1979; R. GIGLIO, *Edoardo Scarfoglio dalla letteratura al giornalismo*, Napoli 1979; ID., *L'invincibile penna Edoardo Scarfoglio tra letteratura e giornalismo*, Napoli 1994; TOMASSINI F., *Scarfoglio, Edoardo*, in DBI, XCI, Roma 2018, pp.334-337.

⁶² Edoardo Scarfoglio, fondò insieme alla moglie Matilde Serao il *Corriere di Roma* che si fuse con il *Corriere del Mattino* per poi mutare in *Corriere di Napoli* e infine *Il Mattino*, che rappresentò la sua opera più grande, in cui profuse tutto il suo impegno, la sua anima e la sua vitalità. Il suo obiettivo, ampiamente raggiunto, fu quello di creare un giornale grande, potente, moderno e preparato agli eventi.

diverse riviste letterarie dirette a favorire le rappresentazioni moderne e pubbliche della letteratura.

Il Martini da ministro garantì l'inserimento nel giornale, accanto agli editoriali di politica interna e coloniale, di pagine dedicate all'arte, alla letteratura e alla scienza. Particolare interesse suscitavano le pagine contenenti invettive politiche⁶³.

In merito alla questione della legislazione artistica e della sopravvivenza dell'editto Pacca, Scarfoglio nel suo articolo *Il supplizio di Tantalò*, uscito sul corriere di Napoli nell'agosto 1891, esprimeva il suo punto di vista, ricordando come negli anni precedenti diversi uomini illustri si erano schierati in difesa dell'editto Pacca e delle altre norme di tutela del patrimonio artistico nazionale per impedire qualsiasi tipo di alterazione o alienazione anche se minima delle opere d'arte.

Il riferimento era soprattutto ad un'Italia ricca, colta e raffinata, tremendamente gelosa del suo patrimonio artistico.

Osservava Scarfoglio:

«L'eccesso di entusiasmo, seme e principio nostra miseria presente, ci accecò. Nell'orgoglio del nostro rifioriente destino, noi avremmo una precipitata visione d'una Italia opulenta, colta, artistica meglio d'ogni altro paese del mondo. E fra tante altre follie, gridammo: - non toccate il nostro patrimonio estetico! Ora che la breve illusione è

⁶³ Gli articoli di Scarfoglio, dal taglio pulito, schietto e profondo rivelavano quel singolare temperamento di polemista che lasciava il segno. Attraverso l'incondizionato appoggio a Giolitti, Scarfoglio mirava ad essere il punto di riferimento politico cittadino del governo e a consolidare l'autorità del giornale a Napoli e nel meridione. In proposito cfr. F. BARBAGALLO, *Il Mattino degli Scarfoglio*, Parma 1979, p.23: «Scarfoglio prendeva posizione contro le banche, i finanzieri, i politici e i giornali (Corriere di Napoli) collegati alla Società per Risanamento, schierandosi tutto dalla parte dei proprietari napoletani, espropriati senza equo rimborso. Era un altro tassello, posto per far emergere il Mattino e il suo direttore al centro dello scontro di interessi politici ed economici nella metropoli meridionale». La sua natura conservatrice lo portò ad essere filomonarchico fino alla fine della sua vita e le incoerenze politiche si leggono in chiave opportunistica: per lui la vera politica era quella semplice, derivante da eventi accidentali, quella che postulava soluzioni immediate e obbligate anche se in senso contrario alla posizione tenuta in precedenza, schierandosi con Crispi quando questi assunse l'impegno coloniale.

sfumata, ora che il nobile e audace sogno è svanito dalle pupille del popolo italiano, riprenderanno gli antichi combattenti la croce e la spada contro Pasquale Villari, cui vi si attribuisce l'intenzione di riformare l'editto Pacca in senso più liberale e più umano? Speriamo di no. A ogni modo, prima che la pagina si accenda, cerchiamo di dare un'occhiata alla questione senza false esaltazioni e senza pregiudizi retorici»⁶⁴.

L'editto Pacca era stato un provvedimento molto rigido, adottato per impedire che tutte le ricchezze artistiche del paese emigrassero:

«Era un momento di follia anche per l'Inghilterra, la quale, come s'era appropriata di tutto ciò ch'era trasportabile dell'Acropoli ateniese, lasciandovi in cambio dei calchi in gesso, così avrebbe volentieri immagazzinato nel British e nel Kensington Museum tutta quanta l'Italia pittorica, scultorica e archeologica. Il vandalismo era giunto agli eccessi più detestabili, la sterlina minacciava effetti più rovinosi dei cannoni del gran Napoleone»⁶⁵.

L'eredità estetica dei padri rimase silente nei musei pubblici e nelle gallerie private. In conseguenza il noto giornalista sottolineava il fatto che una legge eccezionale derivante da situazioni occasionali non poteva certo durare in eterno:

«O forse l'Italia d'Umberto I è l'Italia di Pio IX e del Cardinal Pacca? Nessuno mi vorrà contraddire s'io affermo recisamente che no. Niuno vorrà chiedermi una dimostrazione di questa verità evidente come la luce solare: che uno dei fattori della coscienza nazionale è appunto un alto sentimento della nostra importanza e della nostra dignità estetica; e che non v'è più bisogno di editti cardinalizii e di carabinieri per tutelare un patrimonio, di cui la nazione

⁶⁴ E. SCARFOGLIO, *Il supplizio di Tantalò*, in *Corriere di Napoli*, XX, 222 del 14-15 agosto 1891, p.1.

⁶⁵ *Ibid.*

istessa sarebbe custode vigile e gelosa, non pure per amore dell'arte e per desiderio della bellezza, ma per un quasi religioso istinto, poiché non v'ha italiano il quale non sappia che, nei tristi tempi in cui ogni altro vincolo era spezzato fra le membra della patria, un ideale legame trasmetteva dall'una all'altra la scintilla d'una vita comune; e questo legame era l'unità estetica»⁶⁶.

La molteplicità di idee, il rigore tecnico e la durezza del linguaggio rendevano straordinarie tutte le sue critiche. Abilmente e da esteta raffinato, Scarfoglio, evidenziava il valore delle opere d'arte. Quindi non era possibile enfaticizzare né estremizzare i termini di premesse generalmente accolte perché:

«La vita umana non ha il rigido sviluppo d'un sillogismo. Conoscete la storia o la favola di quel viaggiatore che, traversando affamato il deserto, e trovato un sacco che gli parve pieno di ceci, quando l'ebbe aperto e vide che era colmo di perle, fu preso da un impeto di collera disperata, e lo gittò lungi da sé con disprezzo? È un po' la storia – non la favola – del popolo italiano. Esso attraversa il deserto della vita carico di debiti e d'imposte, cercando una via di salute, e non s'imbatte che in tesori incalcolabili di monumenti, di statue, di quadri. Mentre i suoi governanti sudano cento camicie per risparmiare qualche milione, risecando sui bisogni più incalzanti della nazione, parecchi miliardi contemplano, nella serena impassibilità dell'arte, dalle vecchie cornici e dai marmorei piedistalli, la miseria italiana: Tutta questa ricchezza infruttuosa comincia a parere un insulto alla nostra povertà; e il furore di conservazione minaccia d'insinuare in noi un sentimento di rivolta contro l'estetica»⁶⁷.

Per Scarfoglio anche chi non voleva proporre allo Stato una liquidazione del patrimonio artistico nazionale, non poteva non

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

considerare come veramente iniqua la condizione che l'editto Pacca creava a molte grandi famiglie romane e di altre città italiane, danneggiate non dai vizi o da una vana esibizione del lusso, ma dal lecito desiderio di contribuire con il loro denaro allo sviluppo dell'attività e della ricchezza pubblica. Questi per riprendersi e dare un contributo importante al paese avrebbero dovuto essere messi in condizione di esercitare i loro diritti di proprietari sui beni alienabili:

«Ebbene, l'editto Pacca li condanna a morir di fame ai piedi dei capolavori domestici, che lo Stato non può comperare; nel nome di Raffaello e Tiziano essi debbono vedere la loro casa distrutta e il loro nome abbassato. Quante volte non malediranno essi la follia estetica dei loro avi, che invertirono in quadri, anziché in terre, tanta parte del loro avere? Nessun italiano, ho detto e ripeto, consiglierebbe allo Stato di vendere al pubblico incanto nostri musei, e le nostre gallerie. Ma siamo noi così esteticamente poveri, che il disfarsi d'un quadro o d'una statua debba esser considerato un delitto? E chi mai potrà dimostrare che le centomila opere d'arte, di cui tutte le città d'Italia son piene, siano indispensabili all'onore nostro, e alla nostra educazione? Quanto all'onore, bisognerà provare con qualche serio argomento che un'opera minore d'un grande artista possa esser più nota, meglio ammirata e studiata in una delle nostre grandi gallerie, fra mille altre di maggior momento, anziché in qualche museo improvvisato di qualche città d'America, ove terrebbe il primo posto».

Quello di Scarfoglio è un giudizio netto sull'inopportunità della sopravvivenza di norme così rigide a difesa delle opere d'arte.

Secondo l'autore la fama doveva essere dimostrata con argomentazioni convincenti in modo tale che anche le opere meno importanti dei grandi artisti potessero essere più note, ammirate e studiate in una delle nostre grandi gallerie, piuttosto che nel museo di qualche paese straniero. I diversi interrogativi posti dallo Scarfoglio, oltre a descrivere uno stato di fatto, palesavano un profondo malcontento.

Per l'ambizioso giornalista la tutela e la difesa eccessiva del patrimonio artistico italiano trovava senz'altro fondamento nella cultura cattolica perché:

«Quanto all'educazione estetica del popolo italiano, mio dio, non è già la quantità delle cose belle che possa farla! Chi non ha visitato una galleria di quadri e di statue? E chi non n'è uscito col cervello stanco da sensazioni e da ricordi confusi, preso da una tal quale repugnanza per quell'ammasso di cose belle e di cose brutte, che gli fanno nella memoria un tumulto di colori e di forme? Sfollare, anziché un sacrilegio, sarebbe un beneficio. Del resto, come i principi romani rovinati dalla crisi edilizia, tutto il popolo italiano deve nutrire un senso di rancore contro la pletora estetica che ci travaglia»⁶⁸.

Si trattava di un retaggio della Controriforma. Laddove nel Nord europeo la Riforma, liberando gli uomini dal delirio dell'oltretomba e rendendogli la percezione della gioia e della grandezza terrena, rinvivò il desiderio e la dedizione al lavoro, facendo nascere nuove fonti di ricchezza. Nell'Europa latina la religione cattolica per Scarfoglio offuscò i popoli avvolgendoli in un vagheggiamento estetico, conducendo la nostalgia e la necessità di una nuova concezione della vita, che iniziava a percepirsi anche in patria, verso una passiva ed apparente ammirazione della bellezza:

«Rappresentatevi per un momento, nella fantasia, l'Italia estetica, la grande e bella Italia del secolo XV in poi: quella selva di cattedrali meravigliose sorgenti affianco dei grandi palazzi armonici; quel popolo di statue salutanti dalle piazze la nuova Italia; quella moltitudine di forme e di colori sorridenti ancora, gloriose e immortali, nella penombra delle chiese e nella quieta luce delle pinacoteche. E pensate: quanto squisita e signorile è stata la gente che ha creato e adorato tutta questa bellezza; ma quanto danaro immobilizzò

⁶⁸ *Ibid.*

essa in opere che non posson fruttare se non qualche sensazione fuggitiva di diletto, e quanta forza motrice sottrasse all'attività del popolo italiano e alla prosperità della patria futura! Ma dire francamente, nel gran paese della retorica, di queste verità è un delitto: e ad affrontare un tal problema è necessario un coraggio leonino. Fortunatamente, Pasquale Villari ha buone spalle»⁶⁹.

Scarfoglio da esteta quale era, attratto dalla bellezza della polemica, traduceva in forma polemica il disegno della politica italiana e da vero sovrano dell'opinione pubblica indicava la strada per un intervento culturale e legislativo che tenesse in considerazione il lungo periodo di torpore religioso che aveva reso la situazione ancor più aggrovigliata.

È difficile in questa sede stabilire quanto l'editto Pacca avesse inciso sulla politica e sulla morale dell'Italia ma si può facilmente ipotizzare che esso abbia avuto un forte impatto a livello economico.

In un volumetto anonimo che vedrà la luce nel 1893 la tesi di Scarfoglio è enunciata senza orpelli retorici e motivazioni antiecclesiastiche.

L'anonimo autore in questo caso si pone una domanda concreta: «i sistemi vigenti» ovvero norme per Roma dell'editto cardinalizio «meritano esser continuati?»⁷⁰. Per gli oggetti d'arte «che sono mobili»⁷¹, conviene «lasciar libera l'esportazione o incepparla?». Nel corso del dibattito parlamentare, probabilmente un antiquario romano, rivendicò al pari di Scarfoglio «la libertà del commercio delle arti»⁷² perché «l'Italia non ha oro [...] ve lo portano i forestieri, specialmente acquistando oggetti d'arte»⁷³. Secondo questo anonimo autore il progetto di Martini, imponendo lunghe formalità, tasse e la possibilità dell'esercizio del diritto di prelazione da parte dello Stato, distruggeva il commercio artistico. Per esprimere anche la sola compressione delle condizioni di fatto era di per sé sufficiente «per far andar via le buone tentazioni del comprare ai ricchi viaggiatori; i quali

⁶⁹ E. SCARFOGLIO, *Il supplizio di Tantalò*, in *Corriere di Napoli*, XX, 222 del 14-15 agosto 1891, p.1.

⁷⁰ N. N., *Roma e il Progetto Martini sulle Belle Arti*, Roma 1893, p. 3.

⁷¹ Ivi, p. 4.

⁷² Ivi, p. 7.

⁷³ Ivi, p. 6.

vengono in Italia per poco tempo, disposti bensì a buttar denaro, ma non ad aspettare, ad aver fastidii, a subir condizioni»⁷⁴.

Lo zelo ministeriale, a cui si doveva «l'esumazione dell'editto Pacca»⁷⁵, si collegava, ad una «condotta dell'autorità verso la vita economica di Roma» in quegli anni che mentre lasciava «la più incredibile licenza» per le attività legate all'edilizia⁷⁶, sopprimeva «ogni più onesta libertà» per l'industria artistica⁷⁷. Questi i termini concreti della questione, ma il Martini, veniva in considerazione la gloria italiana delle belle arti nel momento fondativo della nuova nazione, del nuovo Regno unitario.

5. *Le lettere di Martini pubblicate sul Corriere di Napoli nel 1891*

L'intervento di Scarfoglio ebbe così l'effetto di suscitare il suo particolare interesse a rendere evidente, sempre sul Corriere di Napoli, il suo orgoglio risorgimentale:

«Nel vostro articolo - *Il supplizio di Tantalo* - avete ripetuto verità ch'io colsi, da quindici anni in qua, ogni occasione propizia per affermare. Quanta scarsa fortuna toccasse alle mie parole dice per sé il fatto: noi siamo nelle stesse condizioni, anzi, in peggiori condizioni di prima. Tuttavia si seguita a pretendere che un uomo al quale gli avi doviziosi, gloriosi o vanagloriosi han lasciato in eredità una tela del Pollajolo o un marmo di Donatello e che non abbia altro modo, se non disfacendosene, di provvedere alla propria vita, si appaghi di contemplare il quadro o la statua, e assorto nelle dolci visioni dell'arte tenti di quietare per quelle ed in quelle i pungenti assilli dell'appetito. Voi asseverate che il Ministro della Pubblica Istruzione sta adoperandosi nel por fine a un così assurdo stato di cose. In qual modo?»⁷⁸.

⁷⁴ Ivi, p.17.

⁷⁵ Ivi, p. 29.

⁷⁶ Ivi, p. 8.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ F. MARTINI, *Una delle due*, in Corriere di Napoli, XX, 225 del 17-18 agosto 1891, lettera del 17 agosto, p.1.

Martini voleva risolvere la questione una volta per tutte in maniera razionale e dignitosa, perché la politica del rattoppo non aveva fatto altro che inseguire l'emergenza senza creare una regolamentazione completa ed efficace. Nella parte iniziale della sua lettera rappresentava la confusione ingenerata nel dibattito sul testo di riforma del ministro Villari riportando e stigmatizzando le differenti opinioni e giudizi ospitati da organi di stampa, in questo caso milanesi e bolognesi. In particolare, sul quotidiano milanese, venivano così rappresentati i timori e le preoccupazioni per la nuova disciplina in cantiere:

«In seguito ad insistenza di alcuni principi romani i quali versano in gravi angustie finanziarie, l'on. Villari ha promesso di presentare, alla ripresa dei lavori parlamentari, un progetto di legge inteso a meglio regolare la proprietà artistica, basato sull'abolizione dell'editto Pacca che impedisce la vendita all'estero degli oggetti d'arte»⁷⁹;

Opinione avversata, a suo dire, da un giornale bolognese, che dava smentita della notizia relativa alla proposta del Ministero della Pubblica Istruzione di abolizione dell'editto Pacca sulle opere d'arte, trattandosi secondo tale fonte di semplice modifica allo stesso.

Per Martini, che partendo da tali presupposti prova a mettere ordine nella discussione, prendere in considerazione il diritto di proprietà dei singoli sulle opere d'arte in una prospettiva non conflittuale con l'interesse dello Stato tesa ad evitare la dispersione del patrimonio artistico attraverso libere vendite, era questione complessa che andava ponderata e non affrontata con spregiudicata leggerezza come auspicato con sprezzante linguaggio dal vigoroso Scarfoglio.

Il problema non era di semplice soluzione perché non bisognava occuparsi solo di principi romani che si trovassero in ristrettezze economiche, ma dell'intero regno.

L'obiettivo di Martini non era quello di rammendare il famoso editto Pacca ma di eliminare le precedenti leggi per riformare le belle arti. Esso, infatti, si riferiva alle regioni dello Stato Pontificio, quindi non poteva essere modificato ma doveva essere dichiarato abolito e

⁷⁹ *Ibid.*

sostituito con norme più giuste che non violassero il diritto di proprietà:

«Sento dire che l'editto Pacca sia stato di recente esteso a tutta quanta l'Italia. Tanto peggio per chi si gravò di così enorme arbitrio e di chi a' propri danni, lo lasciò commettere in santa pace. Le disposizioni che l'editto contiene non sono di indole regolamentare, sibbene di natura legislativa. Esse non potevano, non possono aver vigore fuor degli antichi stati romani se non quando vi sieno promulgate da una legge approvata dal Parlamento e sanzionata dal Re. Poi è già ridicolo che ancora durino disposizioni per le quali a un atto qualsiasi della vita civile si impone necessario in Roma il consenso di monsignor uditore dei Camerlengato a Bologna il permesso del Legato apostolico; ma è addirittura grottesco che di cotesti consensi e di cotesti permessi si faccia parola in una legge destinata a regolare le private faccende a Firenze, od a Napoli»⁸⁰.

Il ministro premeva per l'abolizione dell'editto Pacca che non poteva essere più modificato anche perché i rimandi dei governi precedenti erano stati oramai troppi e avevano portato la questione ad aggravarsi. Infatti, fin dalla legge per l'abolizione dei maggiorascati, si impose al Governo di presentare un altro disegno di legge che disponesse per le collezioni artistiche che erano state fino a quel momento legate da singoli fidecommissarii:

«Non intendo dire, domandando una legge che governi dappertutto nel regno questa materia, che i principi romani abbiano torto nelle loro particolari lagnanze e né loro speciali richiami. Hanno anzi (sia detto senza gioco di parole) ragione da vendere. Sin dal 1871, quando si votò in Parlamento la legge per l'abolizione dei majorascati nelle provincie romane, si impose, in un articolo della legge stessa, l'obbligo al Governo di presentare un altro disegno di legge per provvedere alle collezioni artistiche fino a quel tempo

⁸⁰ *Ibid.*

legate da' singoli fidecommissarii. Fin d'allora s'intese che raccolte di quadri e di statue, alcune delle quali hanno un valore di parecchi milioni, passate di padre in figlio in grazia dei privilegi di primogenitura, non potevano lungamente essere conservate, quando s'aboliva quel privilegio e quando i patrimoni cospicui ai quali il carico della conservazione era lieve e il lusso di quelle raccolte consentito, di necessità dovevano via via distribuirsi e frazionarsi: fin d'allora si prevede che se non i presenti possessori, di sicuro i figli o i nipoti loro si sarebbero trovati un bel giorno nella materiale impossibilità di sopperire alle spese che occorrono per salvare collezioni siffatte dalle ingiurie del tempo e soprattutto per mantenerle in mostra del rispettabile pubblico»⁸¹.

Per Martini, dunque, sarebbe stato opportuno trovare una soluzione legislativa già dal 1872 ma le solite ingenuità dei governi italiani, rinviando più volte nel corso degli anni la questione, avevano lasciato tracce visibili di una evidente instabilità:

«É una questionaccia; difficile a trovare il verso di accomodarla. Lasciamo correre. Tanto i quadri non fuggono. Ci penserà chi vien dopo. Ora il nodo viene al pettine mi lagnerà che sia venuto, se il Ministro dell'istruzione pubblica avrà il coraggio che voi, caro Scarfoglio, dite ch'egli ha e che io a priori non debbo ne voglio negare. Per me il provvedimento da prendersi è uno solo. Una delle due: o comprate o lasciate vendere»⁸².

In effetti il diritto di proprietà poteva essere limitato solo dalla prelazione che lo Stato avrebbe dovuto esercitare al momento opportuno:

«Perchè alla esportazione degli oggetti d'arte non si può imporre senza una grave violazione del diritto di proprietà

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

altro limite che questo: la prelazione. Compri lo Stato a preferenza d'ogni altro, e quando può: se non vuole e non può si rassegni e lasci che ognuno faccia d'un quadro e d'una statua quel che si fa d'un podere, d'un oggetto qualsiasi che ci appartiene. E anche rispetto al comprare bisogna intendersi. Dissi già un'altra volta: che lo Stato tolleri, come spesso avvenne, che un affresco dell'Angelico o del Botticelli si stacchi dalle pareti e si venda alla vecchia galleria del Louvre e ai nascenti musei americani è, per usare la parola adottata, una vergogna. Un affresco è un pezzo di casa e parrebbe che un senso di dignità, se non altro, dovesse indurci a salvarlo. Ma è anche una stupida esagerazione il gridare al finimondo tutte le volte che un bassorilievo, un cofano, una chiave, sia pur cesellata dal Cellini, passano il mare o le Alpi. Lo Stato nostro possiede le prime gallerie del mondo: si spenda per compierle, e se ci manchi nella catena dell'arte un anello qualsiasi, un qualsiasi documento alla sua storia, si acquisti; ma non ci mettiamo a fare, per carità, gli adoratori di reliquie e i mercanti di *bric à brac*, o finiremo, come il goldoniano conte Anselmo Terrazzani suddetto, a versare amarissime lacrime perché ci scappa di mano la pantofola di Nerone o il lume eterno di Tolomeo. Se non che io non vorrei che queste opinioni mie e quelle proposte paressero, caro Scarfoglio, troppo radicali a voi stesso»⁸³.

Martini rimandando il prosieguo al giorno successivo, concludeva la lettera invocando una riflessione sul metodo.

Iniziò la lettera di martedì 18 agosto, ricordando che un coraggioso tentativo di disciplinare la materia era stato fatto dal ministro Coppino nel 1887, ma il Senato lo aveva respinto perché prevedeva disposizioni così rigide che sarebbe stato più facile violare anziché osservare.

Vi era un divieto assoluto di esportazione che era palesemente un'utopia, visto che il 1820 era oramai lontano.

Bisognava capire che i viaggi non erano concepiti più con rigore e soprattutto che il numero dei viaggiatori uscenti dall'Italia era di gran

⁸³ *Ibid.*

lunga superiore a quello registrato ai tempi dell'editto Pacca; quindi era molto più facile riuscire a portar via qualsiasi oggetto prezioso che, peraltro, si potesse nascondere con facilità.

Perciò era inutile predisporre leggi che imponevano sorveglianze scrupolose visto che le condizioni attuali non lo consentivano.

Era importante prendere atto, e anche i ministri dell'Istruzione dovevano farlo, del fatto che, nonostante la vigenza dell'editto Pacca, i musei stranieri si erano riempiti di dozzine di oggetti d'arte italiana, prevalentemente frutto degli scavi.

Inoltre, mentre l'Italia cercava di creare disposizioni lesive del diritto di proprietà, i governi esteri, soprattutto quelli alleati ed amici, si adoperavano, anche tramando contro il nostro Paese, per completare le loro collezioni:

«E lo dicono, badate bene. Anni sono, in una seduta del Landtag prussiano, discutendosi non so quale organico di musei, Teodoro Mommsen descrisse com'avrebbe ad essere, secondo lui, il direttore d'un museo germanico. "Io non so che farmi, disse presso a poco, d'un uomo che stia chiuso a catalogarmi gli oggetti che possiede, o a servire da cicerone ai forestieri illustri. Io lo immagino, lo desidero sempre in viaggio ne' paesi dove l'arte fu fiorente, dove gli scavi mettono alla luce importanti monumenti sepolti da secoli, pronto a comprarli, a fare ogni sforzo per acquistarli al museo ch'egli ha ufficio di custodire e dirigere". E tutta l'assemblea annuì alle parole dello storico illustre. Lo dicono e lo fanno. Nulla li trattiene: non voglio supporre che incoraggino il furto, ma posso affermare che comprano e serbano senza scrupolo la roba rubata»⁸⁴.

Sottolineava la differenza tra la perdita di monumenti epigrafici e quella di statue e quadri di cui i musei erano già ricchi. Gli uni, documenti unici, rappresentavano una testimonianza della storia del Paese per cui sarebbe stato un vero delitto privarsene, gli altri, invece,

⁸⁴ F. MARTINI, *Una delle due*, in *Corriere di Napoli*, XX, 226 del 18-19 agosto 1891, lettera del 18 agosto, p.1.

non erano pezzi unici e quindi non faceva molta differenza lasciarne emigrare qualcuno.

Martini dimostrava una mente aperta, acuta nel ricercare i rimedi; egli desiderava una legge che superasse gl'intralci del passato e si applicasse a tutte le regioni d'Italia, sostenendo l'opportunità della compilazione di un precedente catalogo delle opere per le quali il Governo avesse voluto riservarsi il diritto di prelazione.

Tuttavia paventava anche la dura reazione dei proprietari qualora si fosse presentata l'occasione di trasferire le opere in loro possesso nei musei; costoro avrebbero protestato davanti al ministro della Pubblica Istruzione minacciando di essere pronti a vendere al primo americano disposto ad acquistare se lo Stato non lo avesse fatto.

Ci sarebbero stati diversi modi per scongiurare un tale pericolo ma, scriveva Martini,

«Io non mi farò lecito di accennarne pur una, per la semplice ragione che la legge non deve esser fatta da me, che c'è un ministro che l'ha da fare ed è capace di farla. Io, bensì, caro Scarfoglio, penso che, nonostante la vostra inconsueta fiducia, la legge non si farà, o non sarà tale che rompa tutti i vincoli uggiosi ed inutili, che sia veramente liberale e razionale. E ne ho la prova da una notizia letta in quello stesso numero del Corriere nel quale voi iniziaste da par vostro questa campagna. La notizia è questa: "Il Ministero della pubblica istruzione ha proibito al municipio di Forlimpopoli di vendere le armature antiche esistenti nella rocca di quella città. Esse saranno degnamente disposte nella sala della rocca stessa insieme colle lapidi romane che quel comune possiede". No, caro Scarfoglio: siamo lontani da quanto io e voi, mi pare, ci proponiamo. Non è possibile che ai componenti il municipio di Forlimpopoli sia venuto in capo di disfarsi delle armature per capriccio, o per levarsi un ingombro: probabilmente, anzi di certo, pensarono di venderle per appagare qualche desiderio o sopperire a qualche necessità. Si tratta di erigere un monumento a un illustre forlimpopolese, di addobbare con maggiore eleganza la sala delle adunanze? Sta bene, si neghi il permesso non già perché si tratta di armature, ma perché non dev'esser lecito

di buttare i danari dalla finestra. Ma se si tratta di pagare un debito, di aprire una scuola, di fabbricare o di ampliare uno ospedale, lasciate che vendano, in nome di Dio!»⁸⁵.

Oramai bisognava rispondere al quesito: o comprare o lasciar vendere. E concludeva con un'amara considerazione: «nel bilancio intellettuale degli italiani ci sono due residui passivi: il pregiudizio e la pedanteria»⁸⁶.

6. *L'iniziativa legislativa del Martini nel 1892 e il passaggio in Commissione parlamentare*

A più di un anno di distanza dalla pubblicazione di queste lettere, il 24 novembre 1892, Martini in qualità di Ministro della Pubblica Istruzione fu autorizzato con decreto a presentare un disegno di legge per la “Conservazione dei monumenti e degli oggetti d'arte e di antichità”⁸⁷ e a sostenerne la discussione.

Il ministro nella presentazione del disegno di legge, nella seduta del 26 novembre 1892, tenne a sottolineare lo stallo legislativo a cui si stava assistendo da ben ventiquattro anni. Nell'interesse di una regolamentazione pubblica efficace, nonché per la costituzione di una disciplina certa del diritto di proprietà e della circolazione dei beni, vi era la necessità di sostituire decreti ed editti con una legge che rispondesse alle esigenze politiche e sociali del tempo, superando le precedenti discipline che esaltavano i poteri pubblici.

L'intento di Martini, come emergeva anche dalle succitate lettere, era più ampio, ovvero quello di abolire l'editto Pacca e rimpiazzarlo con norme più eque, che non limitassero ingiustificatamente il diritto di proprietà.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ A. P. CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVIII, 1ª sessione 1892-92, Tornata del 26 novembre 1892, Disegno di legge *Conservazione dei monumenti e degli oggetti d'arte e di antichità* presentato dal ministro dell'Istruzione Pubblica MARTINI, doc. n.1, pp. 1-10; A. P. CAMERA DEI DEPUTATI, *Discussioni*, Legislatura XVIII, 1ª sessione, Tornata del 26 novembre 1892, discorso dell'On. Ministro dell'Istruzione Pubblica MARTINI, p. 23.

In via preliminare, seppur sommariamente, appare opportuno soffermarsi, al fine di inquadrare compiutamente il contributo ai lavori sul progetto di legge dei singoli parlamentari, sul procedimento di produzione legislativa all'epoca vigente, derivante dallo Statuto Albertino e, chiaramente, significativamente dissimile dall'attuale procedimento legislativo repubblicano.

Secondo il regolamento della Camera, il progetto di legge del Governo, una volta approvato, veniva trasmesso ai nove uffici nei quali, all'atto dell'insediamento del Parlamento, venivano suddivisi a sorte i parlamentari (Procedimento degli Uffici)⁸⁸. Tali uffici svolgevano una prima discussione generale sul progetto, a conclusione della quale nominavano nove commissari (uno per Ufficio) che sarebbero andati a formare la commissione parlamentare di esame del progetto di legge all'esame.

Una volta composta la Commissione, al suo interno venivano nominati il presidente, il segretario ed il relatore che avrebbe avuto il compito di redigere il testo finale del disegno di legge e la relazione conclusiva dei lavori della Commissione che avrebbe accompagnato il testo nel passaggio all'esame del *plenum* della Camera. Ciò premesso, di seguito saranno riportati, anche parallelamente, gli interventi dei parlamentari negli uffici e nella Commissione.

Quindi, come anzidetto, il disegno di legge fu prima oggetto di un esame preliminare da parte degli Uffici e poi da parte della Commissione della Camera, presieduta da Coppino e composta da autorevoli membri⁸⁹ che lavorarono fino alla stesura della relazione finale del 1893 affidata al relatore Morelli Gualtierotti⁹⁰.

Dalla lettura delle osservazioni e deliberazioni dei vari Uffici, emerge, innanzitutto, un unanime plauso all'effettuato tentativo di legiferare in una materia che per troppo tempo era rimasta priva di adeguata disciplina giuridica⁹¹.

⁸⁸ Artt.8, 63 e ss. del Regolamento della Camera del 1 giugno 1888.

⁸⁹ La Commissione era così composta: Gallo, Boselli, Fusinato, Saporito, Giovagnoli, Morelli, Cambray Digny, Serena, Coppino. Il presidente era Coppino, segretario Morelli e relatore Morelli Gualtierotti.

⁹⁰ I lavori si svolsero in diverse sedute: 8,12 e 16 dicembre 1892; 8 febbraio 1893; 19 e 24 giugno 1893.

⁹¹ A. P. CAMERA DEI DEPUTATI, Legislatura XVIII, Deliberazioni dell'Ufficio intorno al disegno di legge *Sulla conservazione dei monumenti e oggetti di belle arti e di*

Infatti, tutti furono sostanzialmente d'accordo nel ritenere necessaria una normativa nazionale diretta alla tutela del patrimonio storico, artistico e archeologico del Regno, in modo che ne fosse garantita la conservazione con le opportune cautele e che ne fosse controllata la vendita e il trasferimento all'estero.

Nella discussione generale della Commissione⁹² vennero riassunte le risultanze dei rispettivi Uffici ed evidenziati i punti di maggiore interesse.

Sebbene non sia entrata a far parte del testo del progetto legislativo licenziato dalla Commissione, merita uno specifico approfondimento la questione delle “Gallerie Romane”, collezioni d'arte la cui conservazione era stata garantita nella Roma dei Papi dall'istituto del fidecommissio sulle collezioni, imposto alle famiglie nobiliari proprietarie⁹³, consistente in una sorta di vincolo di indivisibilità e inalienabilità dei beni in favore del primogenito, e di cui, dopo l'annessione di Roma del 1870, da più parti si chiedeva a gran voce la riforma. Infatti, con il «passaggio di Roma al nuovo stato italiano, la cui legislazione era fondata sull'abolizione di ogni limitazione di origine premoderna alle regole del libero mercato, il fidecommissio era [...] destinato ad essere messo in discussione»⁹⁴.

La querelle era emersa nel dibattito pubblico pochi anni prima quando «nel 1887 i Borghese, rimasti coinvolti in un crack finanziario, cominciarono a fare pressioni sullo Stato italiano chiedendo che

antichità, pp. 26-34. Questi documenti sono conservati NELL'ARCHIVIO STORICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI (ASCD), *Disegni, proposte di legge e incarti delle Commissioni* (DPLIC), vol. 566, fasc. 1.

⁹² Verbale n.1, 8 dicembre 1892, in ASCD, DPLIC, vol. 566, fasc. 1.

⁹³ Si veda in proposito G. CHIARANTE, *Da Comprati a Venduti*, in L'Unità, 24 gennaio 2003, p. 27: «Il fidecommissio era, in sostanza, un istituto di origine feudale che si fondava sul principio del maggiorasco: stabiliva cioè l'indivisibilità e l'inalienabilità, a favore del primogenito, dei beni sottoposti a quel vincolo. Ma se per i beni economici esso serviva [...] ad evitare una rapida frantumazione e dispersione del patrimonio delle famiglie nobiliari, la sua estensione alle collezioni di arte, avvenuta già nel seicento e settecento, divenne uno strumento per garantire la conservazione di tali collezioni [...]. Le Gallerie fidecommissarie romane (che erano numerose: oltre alla Borghese ricordiamo, la Barberini, la Colonna, la Corsini, la Spada, la Doria, la Torlonia, la Boncompagni Ludovisi, la Sciarra, la Rospigliosi, ecc.) furono perciò tra i primi esempi, in Europa, di collezioni sottoposte ad un vincolo».

⁹⁴ G. CHIARANTE, *Da Comprati*, cit., p. 27.

sciogliesse le ambiguità delle due leggi del 1871 e del 1883, e che perciò decidesse o di comprare la collezione o di lasciar cadere il vincolo, consentendo ai proprietari di vendere le opere all'estero, dove erano ambitissime»⁹⁵. In Parlamento si crearono perciò due correnti, «un primo schieramento si venne raccogliendo attorno alla tesi di ricercare con i Borghese una soluzione che non comportasse spesa per lo Stato acquisendo gratuitamente alla proprietà pubblica una parte delle opere sino alla metà del valore complessivo concordato e consentendo ai proprietari di vendere le altre sul mercato libero. Invece lo schieramento opposto si coagulò sulla linea di insistere sui principi dell'indivisibilità e dell'inalienabilità, sancita dalla legge»⁹⁶.

In particolare, la normativa di cui si chiedeva la riforma era la legge 286 del 28 giugno 1871 che, pur disciplinando in via generale l'abolizione dell'istituto del fedecommesso, lasciava inalterato l'istituto per le collezioni d'arte, con la sola esclusione dell'abolizione del maggiorasco⁹⁷, il che comportava il divieto per gli eredi di dividere o vendere tali collezioni, considerate nel loro complesso.

La questione fu oggetto di un serrato dibattito nell'ambito del VII^o Ufficio, nel quale fu posta in discussione l'opportunità di allargare il perimetro della riforma anche all'abolizione o modifica dell'istituto del fedecommesso sulle Gallerie Romane.

Su questo argomento l'ala conservatrice, capeggiata da Tommaso Cambray-Digny⁹⁸, ex ministro delle finanze, ritenne che la normativa

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ L'inalienabilità e indivisibilità della collezione, pertanto, rimaneva non più legata al primogenito ma gli eredi nel loro complesso.

⁹⁸ Tommaso Cambray-Digny (Firenze 1845 - San Piero a Sieve 1901), politico moderato conservatore, fu, come il padre Luigi Guglielmo, dalle cui posizioni politiche non si allontanò mai, uno dei protagonisti degli eventi politici della Destra toscana. Avvocato e occasionalmente letterario e drammaturgo, dopo il liceo militare di Firenze si laureò nel 1865 a Pisa in scienze politico-amministrative e nel 1867, dopo una breve partecipazione alla campagna del 1866, conseguì la laurea in giurisprudenza. Seguì ben presto le orme del padre entrando in politica e ricoprendo diversi incarichi importanti. Nella X Legislatura del Regno d'Italia durante il I Governo Menabrea resse prima il Ministero dell'Agricoltura, Industria e Commercio, dal 27 ottobre 1867 al 28 novembre 1867 e poi il Ministero delle

sulle Gallerie Romane non dovesse essere compresa nel progetto trattandosi di una questione particolare e, come tale, da risolversi con una legge ad hoc⁹⁹.

Allo stesso modo anche altri esponenti, come Michele Torraca¹⁰⁰, evidenziarono le difficoltà di una normativa sulle Gallerie Romane, in

Finanze dal 27 ottobre 1867 al 05 gennaio 1868, e di nuovo nel III Governo Menabrea dal 13 maggio 1869 al 14 dicembre 1869.

Per le notizie sull'attività parlamentare si veda: Camera dei Deputati. Portale Storico. Deputato Tommaso Cambray-Digny, URL: <https://storia.camera.it/deputato/tommaso-cambray-digny-18450123> [consultato il 14/05/2019]. In argomento si vedano tra gli altri: E. SESTAN, *La Destra Storica*, in «Rassegna Storica Toscana», VII (1961), pp. 217-236; E. RAGIONIERI, *I moderati toscani e la classe dirigente italiana negli anni di Firenze capitale*, in *Politica e amministrazione nella storia dell'Italia unita*, Bari 1967, pp. 131-148; G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, V, Milano 1968, pp. 334-351. Per meglio ricostruire la vita politica del personaggio, è opportuno fare riferimento alla biografia del padre Luigi Guglielmo Cambray-Digny, in particolare: R. ROMANELLI, *Cambray-Digny, Luigi Guglielmo de*, in *DBI*, XVII, Roma 1974, pp. 152-160. Le notizie su Tommaso e sulla famiglia Cambray-Digny sono contenute nelle carte del fondo Cambray-Digny conservate a Firenze nella biblioteca Marucelliana. Tra gli scritti meritano particolare menzione: T. DE CAMBRAY-DIGNY, *Monte Bianco*, Firenze 1879; ID., *Il duello e l'ultimo progetto di codice penale*, Firenze 1885; ID., *Discorsi del deputato Tommaso De Cambray Digny novembre e dicembre 1889*, Roma 1890.

⁹⁹ Cambray-Digny non riteneva opportuno si comprendesse la questione delle Gallerie Romane perché si trattava di una questione speciale che andava risolta da disposizioni legislative speciali senza mescolarsi con le questioni che il disegno di legge era chiamato a risolvere. Per lui la difficoltà della legge stava nel conciliare l'interesse pubblico con quello privato. Cosa che non era stata ancora trovata. La precedente proposta di legge era naufragata in Senato perché troppo restrittiva.

¹⁰⁰ Michele Torraca (Pietrapertosa 1840 - Alagna Sesia 1906) fu notaio, giornalista e politico. Da mazziniano collaborò con riviste importanti come il «Popolo d'Italia» e la «Nuova Roma». A Napoli fu caporedattore de «Il Pungolo»; a Roma prima diresse il «Diritto» e poi fondò «La Rassegna». La sua attività di polemista continuò anche dopo la chiusura della Rassegna attraverso la direzione de «L'Opinione». Fu eletto nel 1886 e poi rieletto per sette legislature, rappresentava i collegi di Potenza e Matera. Dopo essere entrato in Parlamento, gradualmente si spostò a Destra. Per la bibliografia si segnalano: M. TORRACA, *I meridionali alla Camera*, Estratto dal «Bollettino napoletano», Napoli 1879, pp.1-54; ID., *Nota politica*, Estratto da «Vita italiana», nuova serie, fasc. I, Roma 1896, pp.1-16; ID., *Nuova Politica*, Roma 1896; V. RICCIO, *Michele Torraca in I meridionali alla Camera nella sedicesima legislatura: profili ed appunti*, Torino-Napoli 1888, pp.375-389; G. BRONZINI, *Michele Torraca*, in «La Basilicata nel Mondo», II, 3(1925) pp.1-18; S. CILIBRIZZI,

aggiunta a quella già contenuta nel disegno all'esame, che avrebbero pregiudicato il buon esito dello stesso e quindi proposero, con evidente intento dilatorio, di sollecitare il Ministro a presentare un altro disegno di legge dedicato alle Gallerie Romane. Al contrario, per motivi opposti, sia dall'ala sinistra con Baccelli¹⁰¹, al fine di costituire una più rigorosa disciplina vincolistica di matrice pubblica che trasferisse la responsabilità delle Gallerie dalle famiglie nobiliari allo Stato, che da quella di centro-destra con Frascara¹⁰², più incline invece a una nuova disciplina che lasciava prevalere il diritto di proprietà.

Michele Torraca in *I grandi lucani nella storia della nuova Italia: da Mario Pagano a Gianturco a Fortunato a Nitti e a Torraca*, Napoli 1956, pp.171-176.

Per le notizie relative all'attività parlamentare si veda: Camera dei Deputati. Portale storico. Deputato Michele Torraca, URL: <https://storia.camera.it/deputato/michele-torraca-18400420> [consultato il 14/05/2019].

¹⁰¹ Guido Baccelli (Roma 1830- 1916), medico, professore universitario e politico, fu ministro dell'Istruzione Pubblica sia con il governo Cairoli (dal 02.01.1881 al 29.05.1881) che nei governi Depretis (dal 29.05.1881 al 30.03. 1884). Mantenne il ministero anche nei governi Crispi (dal 15.12.1893 al 14.06.1894; dal 14.06.1894 al 10.03.1896) e con Pelloux (dal 29.06.1898 al 14.05.1899 e dal 14.05.1899 al 24.06.1900). Nel 1901, col governo Zanardelli-Giolitti fu ministro dell'Agricoltura, Industria e Commercio (dal 05.08.1901 al 03.11.1903). Per le informazioni biografiche si vedano: G. GORRINI, *G.B., la vita, l'opera, il pensiero*, Torino 1916; N. PENDE, *Baccelli, Guido*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, V, Roma 1949 (Rist. fotolitica dell'ed. del 1930), p.779; A. BACCELLI, *G.B., ricordi*, Napoli 1931; M. CRESPI, *Baccelli, Guido*, in *DBI*, V, Roma 1963, pp.13-15; F. LOMBARDI, *Guido Baccelli e la sua biblioteca storica-medica*, Napoli 1964; I. QUARESIMA, *Guido Baccelli: sintesi di una vita*, Roma 2012. Per le informazioni sull'attività parlamentare si veda: Camera dei Deputati. Portale storico. Deputato Guido Baccelli, URL: <https://storia.camera.it/deputato/guido-baccelli-18321125> [consultato il 14/05/2019].

¹⁰² Giuseppe Frascara, (Alessandria 1858 - Sezzadio 1925) avvocato e politico. Ebbe diversi mandati parlamentari dal 1890 al 1904. Fu senatore del Regno dal 1910, appartenente al centro-destra, ricoprì importanti incarichi politici come quelli di: Socio della Società geografica italiana (1878); consigliere comunale e provinciale di Alessandria (1889); Presidente del Consorzio agrario di Alessandria (1894); Vicepresidente della Croce rossa italiana (1913); Presidente della Croce rossa italiana (2 agosto 1918-4 agosto 1919). Dal 1919 al 1923 fu membro di diverse Commissioni parlamentari. In particolare, durante la XXV Legislatura del Regno d'Italia fece parte della Commissione parlamentare d'inchiesta sull'ordinamento ed il funzionamento delle amministrazioni centrali dal 17 marzo 1921 al 7 aprile 1921. Per le notizie biografiche si rimanda a: F. BERTINI, *Frascara, Giuseppe*, in *DBI*, L,

Addirittura, il primo sostenne che la legge in esame sarebbe stata inutile se non si fosse occupata delle Gallerie; alla fine venne approvata la proposta del deputato Sciacca della Scala¹⁰³ di nominare una Commissione con il compito di preparare una nuova normativa, che riferisse nella nuova tornata sull'argomento della necessità di nuove prescrizioni per le Gallerie Romane.

In realtà esisteva già una legge per le Gallerie¹⁰⁴, dai più non ritenuta adeguata poiché, in ogni caso, pur in presenza della disciplina vincolistica del fedecompresso, tali collezioni rimanevano comunque sotto l'esclusiva egida delle famiglie nobiliari, ed essa stessa rimandava ad una futura normativa per la soluzione della questione.

Venne alla fine dato mandato al nominando Commissario del VII^o Ufficio (Cambray Digny), di proporre un ordine del giorno con il quale si sarebbe invitato il Ministro a presentare un progetto di legge relativo a Gallerie, Biblioteche e Collezioni d'arte.

Ciò detto in merito alla questione Gallerie Romane, occorre rimarcare che la discussione in questione, che non sortì alcun effetto, fu preceduto da analoghe precedenti iniziative e seguita da successive, anch'esse prive di sbocco, che hanno fatto parte a lungo del dibattito pubblico alla base delle nuove norme di inizio Novecento.

Peraltro l'onorevole Gallo, all'inizio della discussione del suo Ufficio, sottolineò soprattutto che il progetto Martini riproduceva con scarse novità il precedente progetto avanzato da Villari. In realtà, il Ministro stesso, per facilitare l'approvazione del suo progetto, segnalava la continuità della sua iniziativa con i tentativi precedenti.

Roma 1998, pp.302-304. Per le notizie relative all'attività parlamentare si veda: Camera dei Deputati. Portale storico. Deputato Giuseppe Frascara, URL: <https://storia.camera.it/deputato/giuseppe-frascara-18580308> [consultato il 14/05/2019].

¹⁰³ Domenico Sciacca Della Scala, (Patti (Messina) 1846 - Roma 1900). Era barone, si laureò in Giurisprudenza, fu deputato e giornalista pubblicista. Esercì diversi mandati parlamentari dal 1880 al 1904. Nel IV Governo Crispi ovvero durante la XVIII Legislatura del Regno d'Italia ebbe l'incarico di Sottosegretario al Ministero dell'Agricoltura, Industria e Commercio, dal 02.12.1894 al 10.03.1896. Le notizie relative all'attività parlamentare sono reperibili in: Camera dei Deputati. Portale storico. Deputato Domenico Sciacca Della Scala, URL: <https://storia.camera.it/deputato/domenico-sciacca-della-scala-18461030> [consultato il 14/05/2019].

¹⁰⁴ Quella del 1871.

Nella relazione di presentazione del disegno di legge, il Martini sottolineò le ostilità incontrate nelle precedenti legislature presentando la riforma della disciplina regolatoria del patrimonio storico-artistico, come una necessità dettata dall'assenza di una diffusa cultura di protezione delle opere d'arte, sentimento assente nella popolazione, e quindi da promuovere per via legislativa, pur nel rispetto delle prerogative dei privati. Dalle espressioni del ministro si intuisce che il compito della legge è quello di costruire una consuetudine

«Ma affinché ciò avvenga, è necessario serbare il senso della misura; ripudiare il vecchio ed erroneo concetto del dominio dello Stato su tutte le opere d'arte e di antichità, e riconoscere che il mezzo più efficace per trattenere in Italia oggetti di proprietà privata, necessari alla nostra coltura storica e artistica, è quello di comprarli. Solo a queste condizioni la legge non avrà carattere odioso; le stesse sanzioni penali costituiranno, per la grande maggioranza dei cittadini, una guarentigia contro il malvolere o la frode di pochi, e le entrate che il Governo dovrà procurarsi per l'acquisto di opere d'arte, andranno a profitto di coloro che venderanno allo Stato»¹⁰⁵.

In conseguenza, il disegno di legge Martini prevedeva la redazione di un Catalogo dei monumenti immobili dello Stato, delle Province, dei Comuni, degli enti ecclesiastici e in generale di tutti i corpi morali e dei privati per sapere quali e quanti fossero i monumenti e per limitare l'obbligo della conservazione solo a quelli iscritti. Era prevista una procedura di revisione da parte delle Giunte di archeologia e di belle arti prima della pubblicazione.

In mancanza di un catalogo che contenesse un elenco preciso dei monumenti, ovvero dell'iscrizione in questo catalogo, non era possibile imporre vincoli ai proprietari, peraltro in possesso di un

¹⁰⁵ A. P. CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVIII, 1ª sessione 1892-93, Disegno di legge *Conservazione dei monumenti e degli oggetti d'arte e di antichità*, presentato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica MARTINI, doc. n.1, p. 2.

monumento della cui natura e importanza, magari, non avevano piena contezza.

In altri termini il disegno di legge di Martini prefigurava un regime giuridico applicabile agli oggetti di proprietà privata e a quelli di proprietà di Enti morali, molto meno autoritario di quello sino ad allora messo in atto dai suoi predecessori.

I monumenti appartenenti allo Stato e tutti gli enti morali legalmente riconosciuti erano inalienabili e imprescrittibili solo se catalogati o inventariati.

Andando all'analisi dell'articolato, il testo dell'art. 1 del disegno Martini, mantenuto inalterato in quello licenziato dalla Commissione, si apre con l'enunciazione del ruolo del Ministero della Pubblica Istruzione di provvedere alla salvaguardia «dei monumenti immobili e degli oggetti d'arte e di antichità» (art. 1).

Passando all'art. 2 del disegno di legge Martini e al corrispondente testo revisionato della Commissione, si riporta di seguito, al fine di una migliore comprensione, sia delle caratteristiche del disegno iniziale che dell'apporto modificativo della Commissione, il quadro sinottico dei due testi inerente le fasi relative alla formazione del Catalogo relativo ai «monumenti immobili» e al conseguente regime giuridico di questi ultimi.

Testo Disegno di Legge Martini

Testo Commissione

Art. 2.

1. A cura del Ministero della pubblica istruzione sarà compilato un catalogo dei monumenti immobili dello Stato, delle Province, dei Comuni, degli enti ecclesiastici e in generale di tutti i corpi morali, e dei privati, da pubblicarsi previa revisione delle Giunte di archeologia e di belle arti.

2. I monumenti che appartengono allo Stato e a tutti gli enti morali legalmente riconosciuti sono inalienabili ed imprescrittibili.

Art.2.

1. A cura del Ministero della pubblica istruzione sarà compilato un catalogo dei monumenti immobili da pubblicarsi previa revisione delle Giunte di archeologia e di belle arti.

Art. 3.

1. I monumenti che appartengono allo Stato, alle Province, ai Comuni e a tutti gli enti morali legalmente riconosciuti sono inalienabili ed imprescrittibili.

3. Gli amministratori di corpi morali non legalmente riconosciuti, e i privati, quando vendano tutto o parte dell'immobile monumentale o il fondo al quale è annesso, debbono dare notizia della vendita al Ministero della pubblica istruzione entro quindici giorni alla stipulazione del contratto.

2. I trasferimenti per atti fra i vivi o per successione di ogni altro monumento immobile compreso nel suddetto catalogo o del fondo cui è annesso, devono, a cura delle parti, essere denunziati al Ministero della pubblica istruzione entro quindici giorni dalla stipulazione del contratto o dall'accettazione della successione.

Al di là delle modifiche relative alla riorganizzazione dell'articolo, suddiviso nel testo revisionato in Commissione in due distinti articoli e privo di riferimenti ridondanti, le modifiche introdotte si concentrarono sul secondo e terzo comma dell'art. 2 della proposta Martini, determinando una disciplina più stringente per i monumenti immobili, in quanto applicabile indistintamente ad ogni ente pubblico e ad ogni trasferimento di carattere privatistico.

In particolare, mentre nel co. 2 del disegno di legge Martini era prevista l'inalienabilità e l'imprescrittibilità degli immobili monumentali appartenenti allo Stato e a tutti gli enti morali legalmente riconosciuti, tale carattere di inalienabilità fu oggetto di estensione nella rivisitazione del testo avanzata dalla Commissione.

Infatti, nel testo licenziato in Commissione l'inalienabilità e l'imprescrittibilità degli immobili monumentali veniva applicata anche ai beni delle province e dei comuni, con conseguente superamento di quella sorta di regime di alienabilità condizionata alla preventiva approvazione ministeriale presente nei disegni di legge precedenti relativa ai beni immobili degli enti locali.

Sul punto le valutazioni della Commissione, riportate dal Gualtierotti, indicano la preferenza «tra i due sistemi» per «il più reciso e che lascia larghezza minore al variabile arbitrio di commissioni governative»¹⁰⁶.

¹⁰⁶ A. P. CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVIII, 1ª sessione 1892-93, *Relazione della Commissione* sul Disegno di legge *Sulla conservazione dei monumenti e oggetti di belle arti e di antichità*, presentato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica MARTINI, relatore MORELLI GUALTIEROTTI, doc. n.1-A, p. 20.

Ciò detto, per quanto riguarda la disciplina dei beni immobili monumentali di proprietà degli enti morali riconosciuti (fondazioni, corporazioni) la disciplina del progetto Martini, condivisa dalla Commissione, risultava di particolare rigidità disponendo l'inalienabilità e l'imprescrittibilità per tali beni al pari di quelli di titolarità dello Stato.

A giustificazione della severità di tale disciplina, la relazione della Commissione citava una definizione di Giuseppe Mantellini, giurista e parlamentare fiorentino, secondo cui gli enti morali riconosciuti «si hanno come persone senza persone e dei beni da loro posseduti tengono più la rappresentanza in nome del pubblico che il dominio. Corporazioni e fondazioni sono insomma quello che fa essere la legge e posseggono cose, *se e come la legge permette loro specialmente di possedere*»¹⁰⁷.

In tale prospettiva, si può affermare che nel disegno di legge Martini, pur rifacendosi all'esperienza francese della legge 30 marzo 1887¹⁰⁸, la disciplina per gli enti morali riconosciuti risultava perfino più severa rispetto a quella francese che prevedeva, per i beni immobili monumentali, il divieto limitato alle facoltà di «distruggere, restaurare, riparare, modificare in qualunque modo senza licenza del ministero della pubblica istruzione e delle belle arti»¹⁰⁹. Pertanto, il dettato della disciplina d'oltralpe dell'epoca relativa agli enti morali riconosciuti appariva più simile ad un odierno vincolo autorizzatorio che, tuttavia, non annoverava tra i suoi effetti la compressione di un

¹⁰⁷ Ivi, p. 21.

¹⁰⁸ Ivi, pp. 16-17; 21. La legge francese del 30 marzo 1887 fu il primo provvedimento organico in materia di tutela e conservazione dei monumenti. La classificazione dei monumenti storici e artistici che presentassero un particolare interesse nazionale era curata dal Ministero della Pubblica Istruzione e delle Belle Arti. In argomento, tra le varie riflessioni alla legge, si segnala: E. PARISSET, *Les monuments historiques*, Paris 1891; per un più approfondito esame dell'argomento si veda: Ministère de l'instruction publique et des beaux-arts, *Monuments historiques: loi et décrets relatifs à la conservation des monuments historiques, liste des monuments classés*, Paris 1900.

¹⁰⁹ A. P. CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVIII, 1ª sessione 1892-93, *Relazione della Commissione sul Disegno di legge Sulla conservazione dei monumenti e oggetti di belle arti e di antichità*, presentato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica MARTINI, relatore MORELLI GUALTIEROTTI, doc. n.1-A, p. 21.

aspetto fondamentale del diritto di proprietà come la facoltà di alienazione del bene immobile dell'ente.

Ma la rigorosa previsione dell'inalienabilità dei beni immobili "catalogati" per gli enti morali riconosciuti contenuta nella proposta Martini, pur condivisa dalla Commissione, aveva scarse possibilità di essere condivisa nella cultura socio economica del Paese dell'epoca, anche tenuto conto che tale disciplina risultava, come visto, perfino più restrittiva rispetto al "vincolo" vigente nella normativa francese, nazione in cui, in ogni caso, l'autorità statale godeva già di una strutturazione e di un riconoscimento sociale di certo ancora non raggiunto nella parallela realtà italiana.

Con comma 3 dell'art. 2 il disegno Martini disciplinava i casi in cui il trasferimento del bene sarebbe stato consentito, prescrivendo che alla vendita del bene monumentale immobile conseguisse l'obbligo di comunicazione del trasferimento del bene al Ministero dell'Istruzione.

I soggetti ai quali il comma 3 consentiva il trasferimento del bene immobile erano individuati nei corpi morali non riconosciuti e nei privati, ossia quei soggetti esclusi dal campo di applicazione dell'inalienabilità del precedente comma 2.

Tale impostazione fu cassata in sede di discussione in Commissione, modificando la destinazione della disciplina prevista dal comma 3 a tutti i passaggi di titolarità dei beni immobili monumentali, chiunque ne fosse il soggetto titolare (enti morali riconosciuti o non riconosciuti) e qualunque fosse la modalità di trasferimento (atti *inter vivos* o *mortis causa*).

Infatti, fu osservato che il divieto di alienazione prescritto per gli enti morali riconosciuti non rappresentava garanzia assoluta di cristallizzazione in capo all'ente proprietario della titolarità del bene che, ad esempio nel caso di soppressione o fusione dell'ente morale, inevitabilmente sarebbe stata trasferita a soggetto giuridico diverso. Nella versione iniziale del disegno di legge Martini, il trasferimento descritto non sarebbe stato soggetto ad obbligo di comunicazione al Ministero, così come non sarebbero stati soggetti a obbligo di comunicazione tutti i trasferimenti avvenuti in virtù di successione.

Pertanto, nel testo revisionato, con l'utilizzo di una formula più generale, si estendevano le fattispecie di comunicazione al Ministero anche agli atti *mortis causa*, alle fusioni e soppressioni di enti, prevedendo che la comunicazione al Ministero fosse onere di

entrambe le parti interessate al trasferimento del bene immobile. L'obbligo di denuncia, inoltre, era collegato, oltre che alla stipulazione del contratto, anche alla eventuale accettazione della successione.

Con l'eliminazione della circoscrizione dell'obbligo di denuncia ai soli amministratori di Corpi morali non legalmente riconosciuti e ai privati si ricomprendevano nella disciplina tutte le ipotesi di trasferimento che, in assenza di specifica previsione, non sarebbero stati denunciati e, quindi, portati a conoscenza del Ministero.

Ricomprendere nella disciplina tutti i passaggi di proprietà rappresentava quindi un presupposto sicuramente utile all'esercizio efficace della vigilanza del Ministero e la Commissione esprimeva, perciò, la volontà che attraverso le prescrizioni normative in via di approvazione, conformemente a quanto stabilito dall'ultimo articolo di tale disegno di legge, si garantisse al Ministero la conoscenza preventiva o perlomeno contemporanea, di ciascuno di questi passaggi, obbligando i conservatori delle ipoteche e gli agenti catastali a comunicarli al momento della trascrizione o dell'annotazione nei rispettivi registri.

7. L'incisivo e vincolante operato della Commissione parlamentare sugli oggetti d'arte e d'antichità

Pertanto, va segnalato che l'elaborazione e la modifica esaminati resero il testo licenziato dalla Commissione ben più incisivo e vincolativo dell'iniziale disegno di legge Martini, in contraddizione ancora maggiore con la preoccupazione espressa da più parti di una disciplina che fosse di freno al commercio e di eccessiva compressione del diritto di proprietà e dei diritti collegati.

Altro aspetto, esaminato, fu quello relativo agli eventuali interventi di restauro.

L'art. 3 del disegno Martini diventato art.4 nel testo della Commissione, prevedeva che in caso di restauro o di qualsiasi alterazione dei monumenti compresi nel catalogo, era necessario il consenso del Ministero della pubblica istruzione. Non vi furono modifiche da parte della Commissione, condividendo la vigilanza del governo sui monumenti immobili. Quindi in mancanza dell'autorizzazione del Ministero era preclusa qualsiasi opera di

restauro o di alterazione del monumento. Solo Cambray-Digny¹¹⁰ ritenne che il dettame non avrebbe dovuto estendersi anche alle parti interne degli edifici privati, perché risultava troppo ampio, mentre Coppino chiese come si sarebbe proceduto nel caso di monumento destinato a casa privata.

Tuttavia la maggior parte dei commissari reputò di non introdurre distinzioni o limitazioni.

Il presupposto giuridico della protezione governativa non derivava esclusivamente dal diritto ottenuto dal pubblico circa le cose riservate alla pubblica vista, piuttosto scaturiva dal principio di tutela delle cose d'arte che legittimava l'espropriazione dell'immobile nell'ipotesi di "incuria" del proprietario. Per cui limitare la vigilanza alle sole parti esterne, tra l'altro già possibile in base alla disciplina regolamentare comunale¹¹¹, significava lasciare gli oggetti che potenzialmente avevano una notevole importanza storica o artistica, completamente in balia dei proprietari che avrebbero potuto restaurare, demolire o comunque alterare in maniera significativa tali oggetti.

La maggioranza della Commissione reputò che l'azione del Governo rispetto ad ogni specie di monumenti, si sarebbe dovuta attenere ai termini espressi dall'articolo proposto dal disegno Martini e se vi fosse stato il pericolo per la conservazione di un immobile monumentale in possesso di un corpo morale o di un privato, si sarebbero applicate le disposizioni contenute nella legge sulla espropriazione per causa di pubblica utilità.

Inoltre, nella relazione della Commissione si mise in evidenza il fatto che l'imposizione dell'obbligo di rispettare le parti esterne degli edifici poteva rientrare tra quelle materie oggetto di regolamento edilizio municipale.

Con l'art. 4 (art. 5 della Commissione), si pose l'attenzione sui "monumenti mobili", ovvero gli oggetti d'arte e di antichità. L'argomento più sensibile ai controlli burocratici, infine, il tentativo di introdurre un catalogo che comprendesse gli oggetti d'arte di proprietà degli enti morali, delle Province, dei Comuni e dei privati,

¹¹⁰ Nella riunione del 16 dicembre 1892.

¹¹¹ A. P. CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVIII, 1^a sessione, *Relazione della Commissione*, cit., doc. n.1-A, relatore MORELLI GUALTIEROTTI, p. 22.

era stata fatto anche dal ministro Coppino nel progetto di legge Conservazione dei monumenti e degli oggetti d'arte e di antichità, presentato nella tornata del 15 dicembre 1887¹¹².

Nel testo Martini, sostanzialmente confermato in quello della Commissione, il catalogo dei beni mobili appartenenti allo Stato e agli enti pubblici e morali venne concepito dividendo gli oggetti in due gruppi, il primo ricomprendente quelli appartenenti allo Stato, alle Province, ai Comuni e agli Enti morali riconosciuti che non potevano essere alienati né ai privati né ad enti ecclesiastici ma solo allo Stato alle Province, ai Comuni e agli Enti morali nazionali laici; il secondo che prevedeva un'eccezione tra gli enti morali riconosciuti, relativa agli ospedali, orfanotrofi e ospizi di mendicizia, ai quali era consentita la vendita degli oggetti d'arte e d'antichità loro appartenenti solo previo consenso del Ministero della pubblica istruzione e solo qualora ne fosse stata accertata la necessità¹¹³.

La ratio della norma in esame, che si esplicava in un contenimento del diritto di disporre condizionato, per il primo gruppo, dalla natura delle persone giuridiche acquirenti e, per il secondo gruppo, dalla sussistenza di condizioni di necessità economica, stava nel fatto che bisognava impedire che la proprietà già sottoposta alla vigilanza del governo si svincolasse, trasferendosi ai privati o ad enti non esclusivamente soggetti al potere laico dello Stato. In tal senso si poteva garantire una vigilanza certa solo attraverso la previsione di un divieto espresso di trasferimento degli oggetti senza il consenso del

¹¹² Art. 25, Progetto di legge *Conservazione dei monumenti e degli oggetti d'arte e di antichità*, in A. P. SENATO DEL REGNO, *Documenti, Progetti di Legge e Relazioni*, Legislatura XVI, 2ª sessione 1887, *Progetto di Legge* presentato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica COPPINO, doc. n.13, p. 10.

¹¹³ Art. 4: «A cura del Ministero della pubblica istruzione sarà compilato altresì un catalogo degli oggetti d'arte e d'antichità appartenenti agli enti indicati nel primo capoverso dell'articolo 2.

Gli oggetti enumerati in tale catalogo possono essere alienati o ceduti soltanto allo Stato, alle Province, ai Comuni o ad altri enti morali nazionali laici. Non possono essere restaurati, né tolti dal loro posto originario se sono immobili per destinazione, senza il consenso del Ministero della pubblica istruzione.

Gli oggetti d'arte e d'antichità appartenenti ad ospedali, orfanotrofi e ospizi di mendicizia, per tutti gli effetti giuridici di questa legge, sono parificati agli oggetti di proprietà privata; ma il consenso alla vendita può esser dato dal Ministero della pubblica istruzione soltanto nei casi di accertata necessità».

Ministero. Sul punto si registrò un'unanimità di consensi da parte della Commissione che si limitò solo ad apporre piccole variazioni di forma. In conseguenza di tale impostazione, all'art. 5 veniva previsto un potere generale di vigilanza e di intervento sostitutivo del Ministero dell'Istruzione sugli altri enti pubblici e gli enti morali riconosciuti, che prevedeva la facoltà del Governo di assumere la custodia degli oggetti d'arte e di antichità sia in caso di cattiva custodia da parte dell'ente proprietario che nel caso, da cui si vede emergere il profondo interesse pubblicistico, di rifiuto di mostrarli agli studiosi.

Nella relazione del Gualtierotti, la previsione della facoltà di espropriare gli enti dei loro oggetti d'arte in caso di rifiuto di fruizione agli studiosi, veniva motivata dal fatto che

«La proprietà artistica di cotesti enti, oltre ad avere una destinazione naturale a favore del pubblico, ritrae questo vincolo bene spesso dalle sue origini, mentre ognuno sa che i legati e le donazioni per virtù dei quali il più di sovente passarono gli oggetti d'arte ai municipii, alle corporazioni, ai pii istituti, furono ispirati dal concetto di assicurarne la pubblicità o la conservazione nello interesse delle arti e degli studiosi. Cotesti enti per la loro indefettibilità rappresentavano quello che più tardi furono le gallerie ed i musei: è quindi legittimo e naturale che in essi continui, come la legge vuole, l'obbligo di mostrare agli studiosi gli oggetti che essi possiedono»¹¹⁴.

A differenza di quanto osservato per la disciplina dei beni immobili monumentali, la revisione operata dalla Commissione sui beni mobili, ossia per quella degli oggetti d'arte e di antichità, si caratterizzò per un contenimento dell'intervento pubblico e dei vincoli rispetto a quella proposta dal Martini, mantenendo comunque una serie di obblighi e di divieti significativi al commercio di tali beni. Di seguito il quadro sinottico di confronto degli articoli dei due testi.

¹¹⁴A. P. Relazione della Commissione, cit. p. 24.

Testo Disegno di Legge Martini

Testo Commissione

Art. 6.

Art.7.

1. Nel termine di sei mesi dalla pubblicazione di questa legge, il Ministero della pubblica istruzione compilerà un catalogo degli oggetti d'arte e di antichità di proprietà privata, i quali abbiano sommo interesse storico e artistico. Questo catalogo sarà riveduto dalle Giunte di archeologia e di belle arti.

2. Gli oggetti che vi sono enumerati, possono essere venduti soltanto allo Stato, il quale ha anche il diritto di espropriarli, nel caso d'incuria del proprietario a custodirli.

3. Il Decreto Reale di espropriazione viene emesso sulla proposta del ministro della pubblica istruzione, a norma dell'articolo 84 della legge 25 giugno 1865, n. 2359. Il prezzo è determinato da tre periti, uno scelto dal ministro, uno dal proprietario e un terzo da entrambe le parti, e, in caso di disaccordo, dal presidente del Tribunale della capitale del Regno.

1. Nel termine di sei mesi dalla pubblicazione di questa legge, il Ministero della pubblica istruzione compilerà un catalogo degli oggetti d'arte e di antichità di proprietà privata, i quali abbiano sommo interesse storico e artistico. Questo catalogo sarà riveduto dalla Giunta di belle arti.

2. Gli oggetti che vi sono enumerati non possono mai essere portati per alcuna ragione fuori dal territorio nazionale; non possono essere restaurati senza licenza del Ministero della pubblica istruzione, né dentro il Regno, mutati di luogo, senza averne fatta preventiva denuncia al Ministero stesso. 3. Salva l'osservanza di questa ultima condizione è libera l'alienazione di tali oggetti nell'interno del Regno.

Infatti, l'art.6 del disegno Martini, prevedeva, per gli oggetti d'arte e di antichità di proprietà privata che risultavano di *sommo interesse storico e artistico*, un regime di indisponibilità: dovevano essere iscritti nel pubblico catalogo e potevano essere venduti solo allo Stato che aveva il diritto di espropriarli in caso di incuria del proprietario.

Il prezzo sarebbe stato stabilito da tre periti, scelti uno dal ministro, uno dal proprietario e il terzo da entrambe le parti e, per quest'ultimo, in assenza di accordo, dal presidente del Tribunale della capitale del Regno. Rispetto al regime giuridico dei beni mobili monumentali

previsto per gli enti pubblici, all'articolo precedente è da sottolineare che la disciplina prevista per i privati era limitata ai soli beni di sommo interesse storico e artistico, escludendo dunque tutti quei beni che non rientrassero in tale categoria. Ma anche tale limitazione non fu ritenuta sufficiente al fine di giustificare la compressione dei diritti privati.

Ci si trovava quindi di fronte alla parte più avanzata e coraggiosa dell'intero disegno di legge, una disposizione che inevitabilmente sarebbe stata oggetto di polemiche quanto meno vivaci, assumendo l'obbligo di vendita esclusivo allo Stato, per molti commentatori dell'epoca, i connotati del tradimento dei principali pilastri liberali, a partire dal carattere assoluto del diritto di proprietà.

Pertanto, non c'è da stupirsi se la maggiore opposizione al disegno di legge sia stata concentrata su questa disposizione, contrastata fin dal passaggio del testo negli Uffici. In tal senso è opportuno riportare l'intervento dell'on. Fusinato¹¹⁵ (Uff. III) che avrebbe voluto ristretto e modificato l'art.6 in modo tale che non offendesse il diritto di proprietà e non impedisse alle famiglie cadute in ristretto stato finanziario di poter ritrarre con la vendita di oggetti d'arte il necessario per il loro sostentamento, sostenuto dal Giorgini¹¹⁶ (Uff.

¹¹⁵ Guido Fusinato (Castelfranco Veneto (Treviso) 1860-Schio (Vicenza) 1914). Si Laureò in giurisprudenza e fu avvocato e docente universitario. Divenne ordinario a Torino nel 1890. Nel 1892 fu eletto alla Camera nel collegio di Feltre schierandosi con i moderati di Destra. Ricoprì diversi incarichi di governo nelle legislature del Regno d'Italia: fu Sottosegretario al Ministero degli Affari Esteri, dal 14.05.1899 al 24.06.1900 nel II Governo Pelloux; ebbe lo stesso incarico nel Governo Saracco dal 24.06.1900 al 15.02.1901 e nel II Governo Giolitti dal 03.11.1903 al 12.03.1905; fu riconfermato Sottosegretario al Ministero degli Affari Esteri, dal 12.03.1905 al 28.03.1905 con il I Governo Tittoni e nel Governo Fortis dal 28.03.1905 al 24.12.1905. Nel III Governo Giolitti fu Ministro dell'Istruzione Pubblica, dal 29.05.1906 al 01.08.1906. Per le notizie biografiche: G. CARVALE, *Fusinato, Guido*, in *DBI*, L, Roma 1998, pp.806-808. Per le notizie relative all'attività parlamentare si veda: Camera dei Deputati. Portale Storico. Deputato Guido Fusinato, URL: <https://storia.camera.it/deputato/guido-fusinato-18600215> [consultato il 14/05/2019].

¹¹⁶ Giorgio Giorgini Diana (Siena 1854-1899), discendente dalla illustre famiglia toscana dei Giorgini. Era figlio del senatore Giovan Battista Giorgini (Lucca 1818-Montignoso 1908) eminente giurista, scrittore e uomo politico e nipote di Alessandro Manzoni, noto per le sue politiche di stampo conservatore. Come il padre entrò a far parte del parlamento italiano durante la XVIII Legislatura del

III) che, al pari del primo, reclamava una modifica all'art. 6 in modo tale che fosse libera la vendita degli oggetti d'arte catalogati nel Regno e si impedisse solo la loro uscita dai confini dello Stato. Inoltre c'era chi come Cucchi¹¹⁷ (Uff. II) disapprovava il fatto che lo Stato avrebbe avuto la priorità assoluta nell'acquisto degli oggetti d'arte collocati nel catalogo e chi¹¹⁸ raccomandava l'adozione di criteri almeno generici, per la formazione di cataloghi soprattutto degli oggetti d'arte.

Vi fu anche una proposta ¹¹⁹da parte del deputato Ambrosoli (Uff. V)¹²⁰ che sollecitò un'accurata revisione dei criteri redazionali dei cataloghi.

Regno dal 23.11.1892 all'08.05.1895. Per la biografia di Giovan Battista Giorgini si veda: F. CONTI, *Giorgini, Giovan Battista*, in *DBI*, 55(2001), pp.334-338 e la ricca bibliografia ivi contenuta. Per le notizie relative all'attività parlamentare si veda: Camera dei Deputati. Portale Storico. Deputato Giorgio Giorgini Diana, URL: <https://storia.camera.it/deputato/giorgio-giorgini-diana-18541201> [consultato il 14/05/2019].

¹¹⁷ Luigi Cucchi (Bergamo 1837-1898). Fratello del senatore Francesco Cucchi (si rimanda alle note biografiche scritte da G. MONSAGRATI, *Cucchi, Francesco*, in *DBI*, XXI, Roma 1985, pp.294-296), fu sindaco di Bergamo, vicepresidente del Comitato della Croce Rossa Italiana di Bergamo, deputato per sette legislature, dal 1876 al 1897. Fece parte del gruppo della Sinistra. Per le informazioni relative all'attività parlamentare si veda: Camera dei Deputati. Portale Storico. Deputato Luigi Cucchi, URL: <https://storia.camera.it/deputato/luigi-cucchi-18370117> [consultato il 14/05/2019]. Per le notizie biografiche si veda: A. BORTOLOTTI, *Un borghese viaggiatore, deputato e sindaco di Bergamo: Luigi Cucchi nell'Archivio del Museo storico della città di Bergamo (1837-1898)*, in «Quaderni del Museo Storico della città di Bergamo» 18 (1999), pp. 1-130.

¹¹⁸ Carlo Randaccio (Genova il 27 ottobre 1827- Roma il 30 gennaio 1919). Per la biografia si veda: C. Stiazzini, *Randaccio, Carlo*, in *DBI*, LXXXVI, Roma 2016, pp.380-382. Per le notizie relative all'attività parlamentare si veda: Camera dei Deputati. Portale Storico. Deputato Carlo Randaccio, URL: <https://storia.camera.it/deputato/carlo-randaccio-18271027> [consultato il 14/05/2019].

¹¹⁹ Deliberazione dell'Ufficio V in ASCD, DPLIC, vol. 566, fasc. 1, p.28.

¹²⁰ Francesco Ambrosoli (Milano 1854 - Como 1908). Giurista e Giornalista Pubblicista. Dopo aver iniziato la professione forense a Milano, a causa di diverse vicende, familiari e politiche, dovette abbandonare la carriera di avvocato e si dedicò allo studio della letteratura italiana e alle lettere classiche, iniziando così a pubblicare numerosi volumi tra cui il Manuale della letteratura italiana. Per un approfondimento della sua biografia si veda: A. ASOR-ROSA, *Ambrosoli, Francesco*, in *DBI*, II, Roma 1960, pp.734-735 e la bibliografia ivi contenuta. Per quanto riguarda l'attività politica, entrò in parlamento nel 1890 ed ebbe quattro mandati nelle

Altre obiezioni arrivarono da Turbiglio¹²¹ (Uff. V), che dal canto suo, fece rilevare il fatto che il privato non era obbligato a denunciare i suoi oggetti e quindi non si spiegava in che modo il catalogo potesse essere compilato; manifestò perciò la necessità che il catalogo fosse verificato e aggiornato. In ogni caso disapprovò anch'egli la previsione dell'espropriazione da parte dello Stato.

In Commissione Fusinato e Cambray-Digny si pronunciarono in senso contrario all'articolo. In particolare, Cambray-Digny sostenne la necessità di eliminare il divieto di esportazione per sostituirlo con il diritto dello Stato alla sola prelazione, il che, per beni di sommo interesse storico e artistico, sembrava effettivamente una disciplina troppo blanda.

Tenendo conto delle diverse voci che animarono il dibattito negli Uffici sull'inalienabilità, la Commissione deliberò a maggioranza per la

legislature: XVII, XVIII, XIX e XX. Nella XIX Legislatura del Regno d'Italia presentò un progetto di legge, di iniziativa parlamentare, denominato "Variazioni alla legge 13 maggio 1877 n. 3830 sulle incompatibilità parlamentari". Per le notizie sull'attività parlamentare si veda: Camera dei Deputati. Portale Storico. Deputato Francesco Ambrosoli, URL: <https://storia.camera.it/deputato/francesco-ambrosoli-18541120> [consultato il 19/05/2019].

¹²¹ Sebastiano Turbiglio (Chiusa Di Pesio 1842 - Genova 1901), filosofo, parlamentare e docente nell'Università di Roma. Nel 1862 si laureò in Filosofia a Torino. Collaborò con *L'Opinione* e altri giornali moderati italiani. Nel 1878 ebbe l'incarico di professore straordinario di Storia della Filosofia nell'Università di Roma e nel 1888 divenne ordinario, dove insegnò fino al 1896. Dal 1896 al 1901 insegnò nello stesso ateneo Filosofia teoretica. Ebbe diversi mandati parlamentari (dalla XV alla XIX legislatura del Regno d'Italia). In particolare nella XVIII Legislatura nel febbraio del 1894, presentò un progetto di legge riguardante la Nomina di una Commissione sull'uso delle somme iscritte nei capitoli dei bilanci, di cui fu il primo firmatario. Studiò la storia della filosofia pubblicando diversi scritti tra i quali: S. TURBIGLIO, *Storia della filosofia: Cartesio, Malebranche, Spinoza*, Torino 1866; ID., *Analisi storica delle filosofie di G. Locke e di G. Leibniz. 1, La filosofia sperimentale di Giovanni Locke costruita a priori per il professore Sebastiano Turbiglio*, Torino 1867; ID., *La mente dei filosofi eleatici ridotta alla sua logica espressione: dissertazione del dottor Sebastiano Turbiglio*, Torino 1869; ID., *Benedetto Spinoza e la trasformazione del suo pensiero: Libri tre*, Roma 1874; ID., *Analisi storico-critica della critica della ragion pura: otto lezioni estratte dal corso di storia della filosofia*, Roma 1881. Per le notizie biografiche si veda: B. LABANCA, *Sebastiano Turbiglio*, S.I. s.n. 1902, pp. 1-3. Le informazioni sull'attività parlamentare sono reperibili in: Camera dei Deputati. Portale Storico. Deputato Sebastiano Turbiglio, URL: <https://storia.camera.it/deputato/sebastiano-turbiglio-18420707> [consultato il 19/05/2019].

trasformazione dell'articolo, bocciando l'ipotesi dell'inalienabilità degli oggetti d'arte e di antichità indicati nello speciale catalogo. La Commissione considerò il principio dell'inalienabilità assoluta anche all'interno del Regno, come un travalicamento del fine della legge tanto da non giustificare la compressione del diritto di proprietà con l'imposizione di un vincolo che non rispondeva alle ragioni dell'interesse pubblico.

Prendendosi come riferimento il caso di una libera proprietà, la regola della inalienabilità apparve inammissibile all'intera Commissione, che decise di modificare il dettato relativo al divieto di esportazione dal Regno.

Venne altresì soppresso il diritto di espropriazione stabilito dal disegno ministeriale, perché la corrispondente disposizione costituiva un eccessivo intervento da parte del Governo nella sfera privata ed inseriva attraverso un'ipotesi nuova nel diritto italiano e sicuramente non corretta sotto il profilo dottrinale, una tipologia di espropriazione di cose mobili per ragione di pubblica utilità inaccettabile per la Commissione¹²².

Si mantenne fermo, tuttavia, l'obbligo di denuncia al Ministero per l'ipotesi di trasporto da un luogo all'altro del Regno degli oggetti iscritti nel catalogo. Tenendo ferma questa prescrizione, si consentiva l'alienazione degli stessi oggetti all'interno del Regno. In concreto gli oggetti iscritti nel Catalogo potevano essere alienati all'interno del Regno, previa denuncia al Ministero e restaurati solo se era stata concessa la licenza.

Bisogna sottolineare, tuttavia, che, come visto, tale imposizione per gli oggetti appartenenti allo Stato, alle Province, ai Comuni e ai Corpi morali riconosciuti si applicava sempre e a tutte le ipotesi mentre, con riferimento agli oggetti di proprietà privata, l'obbligo risultava delimitato solo ai casi in cui sarebbe stato riconosciuto il sommo interesse storico e artistico dell'oggetto.

Passando alla disamina della disciplina dell'esportazione, svoltosi all'interno degli Uffici, ossia del trasferimento fuori dai confini nazionali degli oggetti d'arte e d'antichità, è necessario premettere che, nel testo licenziato dalla Commissione - come visto nella disciplina relativa agli oggetti di proprietà degli enti pubblici o morali

¹²² A. P. Relazione della Commissione, cit., p. 24.

riconosciuti nonché dei privati, seppur limitatamente a quelli di sommo interesse storico e artistico - l'esportazione era vietata ed esclusa cosicché in nessun caso i beni catalogati avrebbero potuto varcare la frontiera nazionale.

Pertanto, la disciplina dell'esportazione di cui all'art. 7 del disegno di legge Martini (art. 8 nel testo della Commissione) si riferiva esclusivamente a quei beni mobili che non fossero annoverati tra quelli di sommo interesse storico artistico ricompresi nel perimetro dell'articolo precedente, seppur connotati, in qualche misura, da interesse storico artistico.

Per tali beni l'art.7 del testo Martini stabiliva che qualora il proprietario avesse voluto esportare dal Regno gli oggetti d'arte e di antichità, avrebbe dovuto fare domanda al Ministero della pubblica istruzione denunciando l'alienazione. Entro un mese il Ministero avrebbe dovuto rilasciare la licenza di esportazione oppure una dichiarazione con cui affermava di volere esercitare il diritto di prelazione. Era facoltà del Ministero accettare il prezzo denunciato dal proprietario oppure far valutare il bene da tre periti scelti, in analogia all'art. 6 della proposta Martini, dal Ministero, dal proprietario e dalla Giunta di archeologia o da quella di belle arti, in base alla natura degli oggetti d'arte e di antichità appartenenti a Corpi morali non riconosciuti venivano, per effetto degli artt.6 e 7, considerati come proprietà privata¹²³.

In base alle modifiche della Commissione fu lasciata ai proprietari la libertà di vendere, sia all'interno che all'estero, gli oggetti non inclusi nel catalogo. Lo Stato si riservava questa volta il diritto di "acquisto" solo nel caso di esportazione per qualsivoglia motivo dal

¹²³ Art. 7 disegno di legge del Ministero: «Ogni proprietario di oggetti d'arte e di antichità il quale desideri esportarli dal Regno, deve farne domanda al Ministero della pubblica istruzione.

Il Ministero, nel termine di un mese dalla presentazione di tale domanda, deve rilasciare la licenza di esportazione o dichiarare che intende di esercitare il diritto di prelazione.

In quest'ultimo caso è in facoltà del Ministero di accettare il prezzo denunciato dal proprietario, o di far eseguire la valutazione da tre periti: uno eletto dal Ministero, un altro dal proprietario, il terzo dalla Giunta di archeologia o da quella di belle arti, secondo la natura degli oggetti.

Per gli effetti degli articoli 6 e 7 di questa legge, sono considerati come proprietà privata gli oggetti d'arte e di antichità appartenenti a Corpi morali non riconosciuti».

Regno. Si può notare come sia stata sostituita la parola ‘prelazione’ con la parola ‘acquisto’ e questo per circoscrivere l’ambito di applicazione, visto che il significato era più ristretto e riferibile solo ai casi di esportazione per motivi di vendita. Durante la discussione in Commissione, Cambray-Digny osservò innanzitutto che la prima parte non prevedeva il caso in cui il proprietario trasferendosi all’estero, avrebbe portato con sé l’oggetto d’arte, quindi si sarebbe dovuto procedere a modifiche che consentissero tale trasferimento; sulla seconda suggeriva l’inserimento di un sistema di tassazione più intenso in modo da costituire una forma di garanzia contro gli inganni e le collusioni. Proponeva anche di sopprimere l’ultima parte perché la considerava inutile, proposta accolta nel testo finale della Commissione.

Quando qualcuno, come Serena¹²⁴, si trovò in disaccordo su questa proposta, Cambray spiegò che l’intento fraudolento non si sarebbe configurato perché lo Stato poteva effettuare una scelta fra la prelazione e l’applicazione della tassa e chi avesse denunciato un

¹²⁴ Ottavio Serena (Altamura 1837-Roma 1914). Dottore di ricerca in filosofia; laurea in Giurisprudenza. Avvocato, politico, prefetto e magistrato. Ricoprì diverse cariche amministrative: dal 1870 al 1875 fu Sindaco di Altamura (Bari); nel 1888 divenne Prefetto di Pavia e nel 1890 Prefetto di Lecce; fu consigliere di Stato e nel 1907 ebbe la nomina di Presidente di Sezione. Fu eletto alle elezioni politiche nel 1874 e rimase in parlamento, schierandosi a Destra, per sette legislature, dalla XII alla XX, con esclusione della XIII e della XVII. Fece parte di diversi organi parlamentari. Durante la XV Legislatura del Regno d’Italia entrò nella Commissione permanente per le elezioni, di cui fu membro dal 27 novembre 1882 al 27 aprile 1886; nella medesima legislatura fu anche componente della Commissione generale del bilancio e dei conti amministrativi dal 13 dicembre 1884 al 27 aprile 1886. Fu membro della Giunta permanente per le elezioni dal 12 giugno 1886 al 4 settembre 1887 sia nella XVI Legislatura che nella XVIII Legislatura, dal 5 giugno 1893 al 23 luglio 1894 e dal 5 dicembre 1894 al 13 gennaio 1895. Nella XIX Legislatura con il III Governo Di Rudinì fu Sottosegretario al Ministero dell’Interno, dal 23 novembre 1896 al 14 dicembre 1897. Nella XVI Legislatura del Regno d’Italia presentò quattro progetti di legge di iniziativa parlamentare di cui fu il primo firmatario. Per le notizie biografiche e la bibliografia si rimanda a: E. CORVAGLIA, *Serena di Lapigio, Ottavio*, in *DBI*, XCII, Roma 2018, pp.93-95. Camera dei Deputati. Portale Storico. Deputato Ottavio Serena, URL: <https://storia.camera.it/deputato/ottavio-serena-18370818> [consultato il 19/05/2019].

prezzo eccessivo si sarebbe ritrovato a pagare una tassa eccessiva, tale che sarebbe stato nel suo stesso interesse dire la verità.

Il Coppino, dal canto suo, credeva difficile fare accettare l'applicazione della tassa del 20% e condivideva le osservazioni di Cambray circa l'ipotesi del domicilio all'estero del proprietario, che anche a suo avviso andava chiarita. Secondo lui sarebbe stato opportuno formare una lista di periti alla quale le parti avrebbero potuto ricorrere di comune accordo. Anche altri, come Morelli, furono d'accordo alla modificazione della prima parte.

Sulla nomina dei tre periti fu stabilito che uno fosse nominato dal Ministero, l'altro dal proprietario e il terzo dai due precedentemente nominati dalle parti e che, in caso di mancato accordo, sarebbe spettato al presidente del tribunale del luogo in cui si trovavano gli oggetti da esportare a scegliere il perito.

In sostanza, la norma imponeva un vincolo accolto senza contrasti che aveva l'obiettivo di impedire l'esportazione, quando era difficile trattenere gli oggetti d'arte nel Regno. Tale principio trovava la sua legittimazione nelle disposizioni precedentemente statuite, quindi sia negli Stati preunitari che nelle proposte di legge presentate.

In ogni caso, così come nelle discipline dei regni preunitari, l'assenza di una catalogazione coerente dei beni mobili di interesse storico artistico (non sommo), non consentiva una efficace applicazione della normativa in quanto l'accertamento dell'interesse storico-artistico del bene non catalogato, sarebbe dovuta avvenire necessariamente caso per caso, sulla base delle richieste dei proprietari e sulla base di controlli che però non si sarebbero potuti rifare a un perimetro normativo e amministrativo certo su ciò che sarebbe dovuto essere stato considerato di interesse storico artistico, quand'anche non sommo, e ciò che sarebbe dovuto essere considerato privo di tali connotati.

Il nostro ignoto assimilava la condizione del proprietario a quella di un "ammonito" in quanto il ministero poteva entrargli in casa in qualunque momento per prendere visione dell'oggetto e valutarne lo stato. Qualora il proprietario avesse deciso di vendere avrebbe dovuto sperare nella "misericordia" dello Stato che non concedeva la vendita nemmeno in casi eccezionali:

«Invano un qualche gran signore italiano potrebbe offrire al misero possessore di comprar lui l'opera e di porla in vista del pubblico in qualche splendida galleria. Invano; la gloria dell'arte nazionale impone, secondo il progetto, che non solo il capolavoro resti in Italia, ma che resti in possesso di colui nelle cui mani il funesto catalogo lo coglie [...] Se si vuol vendere si venda allo Stato. E lo Stato è forse obbligato a comperare? No: il ministero della P. I. si prepara bensì col progetto una finanza propria, tutta separata dalla finanza dello Stato, come se la compra e la vendita delle belle arti non interessasse l'economia di tutto il Paese e non si danneggiasse molto per incassar poco: si prepara dunque una certa somma annua per comprar capolavori che gli vengono offerti, ma senza obblighi di sorta»¹²⁵.

Le istruzioni circa la pubblicazione e l'esecuzione dei cataloghi erano contenute nell'art.8 della proposta Martini trasformato nell'art. 9 del testo della Commissione. La pubblicazione si effettuava nella Gazzetta Ufficiale del Regno e gli stessi diventavano esecutivi dal giorno della pubblicazione.

Veniva fissato inoltre il termine per il reclamo dei proprietari contro l'iscrizione. La competenza a decidere sui reclami spettava ad una Commissione composta da sette membri: quattro eletti dalla Giunta di belle arti e tre da quella di archeologia. I cataloghi diventavano definitivi per i proprietari solo dopo le decisioni della Commissione; tuttavia il Governo, poteva revisionarli ulteriormente ed apportare delle modifiche; veniva fatto salvo il diritto dei proprietari di proporre reclamo per le nuove iscrizioni o per le cancellazioni effettuate.

La Commissione approvò l'articolo con due modifiche: ampliò il termine per il reclamo, che fu portato da uno a tre mesi e stabilì che i sette membri fossero nominati tutti dalla Giunta di Belle Arti.

Il regime della tassazione invece era stabilito dall'art. 9 del testo Martini, convertito in art.10 dalla Commissione, che fissava, per le esportazioni all'estero degli oggetti d'arte e di antichità, una tassa del

¹²⁵ N.N., *Roma e il progetto Martini sulle Belle Arti*, cit., p. 23.

10 per cento¹²⁶, ovvero dimezzava quella fissata dall'editto Pacca e riduceva di 1/3 quella proposta da Villari.

Se il Ministro accettava il valore denunciato dal proprietario, si procedeva; in caso contrario la valutazione sarebbe stata fatta da tre periti: il primo eletto da Ministero, il secondo dal proprietario e il terzo dalla Giunta di archeologia o da quella di belle arti, in base alla natura degli oggetti.

Si confermava la tassa dell'1 per cento già in vigore sugli oggetti, la cui esecuzione non risalisse ad oltre cinquant'anni prima della loro denuncia e su quelli importati in Italia dopo l'entrata in vigore della legge. A parte la variazione circa le modalità di costituzione del collegio dei periti per la stima degli oggetti all'effetto dell'applicazione della tassa, questo articolo fu accolto dalla Commissione nella sua originaria formulazione anche se negli uffici qualcuno¹²⁷ raccomandava di portare la tassa di esportazione dal 10% al 20%, proposta sostenuta poi in Commissione¹²⁸ durante la discussione dell'articolo¹²⁹.

¹²⁶ Art. 9 Testo del Ministero: «É istituita una tassa del 10 per cento per le esportazioni all'estero degli oggetti d'arte e di antichità.

La tassa è calcolata sul valore denunciato, se il Ministero dell'istruzione pubblica lo accetta; nel caso contrario il valore è accertato da tre periti, nominati con le norme prescritte dal capoverso dell'articolo 7.

Sono esenti dalla tassa del 10 per cento, e pagano invece quella dell'1 per cento attualmente in vigore: a) Gli oggetti la cui esecuzione non risale ad oltre cinquant'anni; b) Gli oggetti importati in Italia dopo che sarà in vigore questa legge».

¹²⁷ Giorgini.

¹²⁸ La proposta fu sostenuta da Vincenzo Saporito (Castelvetrano (Trapani) 1849-Roma 1930). Fu membro della Commissione generale del bilancio e dei conti amministrativi per cinque legislature e dal 27 marzo 1909 al 29 settembre 1913 fece parte della Giunta generale dei bilanci e dei conti consuntivi. Nella XX Legislatura del Regno d'Italia, sotto il II Governo Pelloux, fu Sottosegretario al Ministero del Tesoro, dal 14.05.1899 al 24.06.1900. Nella XXI Legislatura presentò un progetto di legge di iniziativa Parlamentare "Ferrovia Palermo-Marsala-Trapani". Per le informazioni sull'attività parlamentare si veda: Camera dei Deputati. Portale Storico. Deputato Vincenzo Saporito, URL: <https://storia.camera.it/deputato/vincenzo-saporito-184908> [consultato il 19/05/2019]. Tra le sue opere più importanti si segnalano: V. SAPORITO, *Ancora sul riscatto delle meridionali*, Roma 1906; ID., *Il riscatto delle ferrovie meridionali*, in «Nuova antologia di lettere, scienze ed arti», Serie 5 v. 122 (1906), pp. 673-690; *Liquidazioni e riscatti ferroviari*, in «Nuova antologia di lettere,

Nella stessa seduta, immediatamente dopo l'esame dell'art.9, prima di passare alla discussione dell'art.10, Cambray-Digny propose l'inserimento nel disegno di legge di un nuovo articolo che sarebbe diventato l'art.11 della Commissione e la sua proposta fu approvata all'unanimità.

L'art. 11 prescriveva il divieto di distruggere, alterare o rimuovere, senza preventiva licenza del Ministero della pubblica istruzione o delle autorità da esso delegate, gli oggetti d'arte in scultura, pittura e plastica, qualunque ne fosse stata la materia e la forma, le armi, le imprese, i titoli, le iscrizioni o altre memorie e gli ornamenti artistici di ogni genere che fossero esposti in modo permanente alla pubblica vista nelle pubbliche vie e piazze, anche nelle pareti di edifici privati.

Vi era un'estensione delle prescrizioni anche agli oggetti d'arte e alle iscrizioni esposte alla pubblica vista con destinazione permanente negli edifici pubblici destinati al culto e nei cimiteri pubblici. La licenza a rimuovere quegli oggetti poteva sempre essere sottoposta alle condizioni di ricollocarli alla vista del pubblico, in altra parte dell'edificio, o in un altro luogo, o di depositarli in un pubblico museo della regione. Tale precetto si ritrovava anche nell'editto Pacca¹³⁰, nelle province meridionali¹³¹ e in Toscana¹³². Previsioni simili erano contenute nel progetto Correnti¹³³ e nel progetto Coppino¹³⁴.

Seguiva l'argomento relativo agli scavi, regolato dagli articoli 10-13 del testo Martini mutati in 12-15 dalla Commissione.

scienze ed arti», Serie 5 v. 123 (1906), pp. 117-128; ID., *Trenta anni di vita parlamentare: delusioni e speranze per la patria*, Roma 1926.

¹²⁹ Verbale n.4, dell'8 febbraio 1893, in ASCD, DPLIC, vol. 566, fasc. 1.

¹³⁰ Art. 54.

¹³¹ Per l'articolo 1 della legge 13 maggio 1822.

¹³² Per la legge del 30 maggio 1571, per il regolamento 1782 e per la legge 16 aprile 1854.

¹³³ Art. 4 del Progetto di Legge per la *Conservazione dei monumenti e degli oggetti d'arte e di archeologia* presentato in iniziativa al Senato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica Correnti nella tornata del 13 maggio 1872, in A. P. SENATO DEL REGNO, Atti Interni, Legislatura XI, 2ª sessione 1871-72, Progetto di Legge, doc. n. 47.

¹³⁴ Art. 9 del Progetto di Legge *Conservazione dei monumenti e degli oggetti d'arte e di antichità*, in A. P. SENATO DEL REGNO, *Documenti, Progetti di Legge e Relazioni*, Legislatura XVI, 2ª sessione 1887, *Progetto di Legge* presentato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica COPPINI, doc. n.13, p. 5.

Si può notare come anche il regime degli scavi fosse subordinato alla preventiva comunicazione al Ministero che avrebbe potuto regolarli o sospenderli qualora avesse riscontrato una violazione delle norme prescritte. In caso di ritrovamenti, l'inventore avrebbe dovuto darne notizia al Ministero entro 5 giorni dalla scoperta. Per l'iscrizione al catalogo, la vendita o l'esportazione dei suddetti oggetti provenienti dagli scavi, che potevano anche consistere in avanzi di monumenti, si seguivano le disposizioni degli articoli 2 e 3¹³⁵.

Era previsto un sistema sanzionatorio per chi violasse le disposizioni di legge.

Si applicavano pene pecuniarie nei confronti di chi intraprendeva scavi per ricerche di antichità senza averne dato avviso al ministero¹³⁶ e di chi non denunciava la scoperta di oggetti d'arte e d'antichità¹³⁷, salvo le maggiori pene previste dal codice penale¹³⁸. Anche gli amministratori di province, comuni e corpi morali erano soggetti a tali sanzioni¹³⁹, qualora avessero fatto eseguire restauri o tolto oggetti d'arte e d'antichità dal loro posto originario senza il consenso del Ministero della pubblica istruzione.

In particolare, in base all'art. 15 del disegno Martini, confluito nell'art. 16 del testo della Commissione nel caso di duplicati di oggetti d'arte e di antichità che non avessero alcun interesse per le collezioni dello Stato e qualora vi fosse il voto favorevole di una Commissione composta di direttori di musei e gallerie nazionali, il ministro della

¹³⁵ Art.2 testo della Commissione: «A cura del Ministero della pubblica istruzione sarà compilato un catalogo dei monumenti immobili da pubblicarsi previa revisione delle Giunte di archeologia e di belle arti» e art. 3: «I monumenti che appartengono allo Stato e a tutti gli enti morali legalmente riconosciuti sono inalienabili ed imprescrittibili. I trasferimenti per atti fra i vivi o per successione di ogni altro monumento immobile compreso nel suddetto catalogo o del fondo cui è annesso, devono, a cura delle parti, essere denunziati al Ministero della pubblica istruzione entro quindici giorni dalla stipulazione del contratto o dall'accettazione della successione».

¹³⁶ Da lire 50 a lire 500 come stabilito dall'art. 20 disegno di legge Martini e 22 testo della Commissione.

¹³⁷ L'art. 20 del testo Martini fissava l'importo da lire 200 a lire 2000, mentre l'art. 22 del testo della Commissione alzava la pena a 250 lire e lasciava invariata quella delle 2000 lire.

¹³⁸ Art. 424 cp.

¹³⁹ Sia il Testo Martini all'art. 21 che quello della Commissione all'art. 23 fissavano la pena da 50 a 500 lire.

pubblica istruzione era autorizzato a fare cambi con musei stranieri e a vendere. La relazione con il voto doveva essere pubblicata e dopo 15 giorni (secondo l'art. 15 Martini) dalla pubblicazione bisognava emanare anche Decreto di approvazione del cambio o della vendita. La Commissione, nell'art.16, portò il termine minimo tra la pubblicazione della relazione e l'emanazione del decreto da 15 giorni a 1 mese.

All'art. 17 del testo della Commissione fu mantenuta la tassa sulla fotografia già predisposta dall'art. 16 della proposta Martini che prevedeva una tassa sulla riproduzione, per mezzo della fotografia, dei monumenti e delle opere d'arte di proprietà dello Stato. Tuttavia i monumenti e le opere d'arte furono sostituiti con gli oggetti d'arte e di antichità.

Vi fu anche la previsione, all'art.17 del progetto Martini, di un fondo per l'acquisto di oggetti d'arte e di antichità. La somma, corrispondente a quella riscossa nell'esercizio precedente, sarebbe stata iscritta annualmente in un capitolo della parte ordinaria del bilancio della spesa del Ministero della pubblica istruzione, in aggiunta al fondo di dotazioni dei musei e delle gallerie, prevedendo la spesa per: «a) per tasse di esportazione di oggetti d'arte e di antichità; b) per la metà dell'introito delle tasse d'ingresso ai musei ed alle gallerie nazionali, rimanendo l'altra metà destinata all'uso stabilito dall'articolo 5 della legge 27 maggio 1875, n. 2554 (Serie 2a);

c) per le vendite e tasse, di cui agli articoli 15 e 16; d) per le pene pecuniarie stabilite da questa legge»¹⁴⁰. Tale articolo fu recepito interamente dalla Commissione e corretto solo alla lettera c) con riferimento agli articoli 16 e 17. L'idea del fondo derivò dalla formulazione da parte del Senato di un'aggiunta al primo progetto Coppino e in virtù soprattutto delle ristrettezze del bilancio della pubblica istruzione.

¹⁴⁰ Art. 17 Disegno di legge sulla *Conservazione dei monumenti e oggetti di belle arti e di antichità*, cit., in A. P. CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVIII, 1ª sessione 1892, Disegno di legge presentato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica MARTINI, doc. n.1, p. 8.

A completamento del sistema sanzionatorio, all'art. 19 della proposta Martini erano stabilite le pene¹⁴¹ per chi esportava all'estero senza licenza e per chi vendeva o cedeva a soggetti diversi dallo Stato gli oggetti compresi nel catalogo.

Tali disposizioni penali contenute negli articoli 19-21 del disegno Martini e 20-24 del Testo della Commissione, non diedero luogo a particolari considerazioni, se non che nel testo della Commissione furono aggiunti e separati gli art. 21 e 24 concernenti discipline sanzionatorie specifiche di violazioni della normativa.

L'entrata in vigore della legge, in base all'articolo 22 del progetto Martini confluito nel 25 della Commissione, sarebbe avvenuta solo dopo la pubblicazione dei cataloghi. Quindi fino a quel momento avrebbero avuto efficacia solo le disposizioni legislative vigenti, in modo da scongiurare il pericolo di un intervallo di tempo transitorio nel quale, come ragionevole, si sarebbero evitati buchi normativi in danno degli obiettivi della legge stessa.

Nella parte finale della relazione si dava atto del travagliato iter che aveva portato alla composizione del testo finale della Commissione, definendolo chiaramente come un compromesso in grado di «riassumere la espressione delle idee e dei sentimenti vostri, che sono quelli che vivono nel cuore della nazione»¹⁴², ma che, al di là delle buone intenzioni, avrebbe dovuto essere ulteriormente implementato con interventi successivi. Tuttavia, si richiedeva comunque lo sforzo ai parlamentari di esprimere un parere favorevole al lavoro effettuato, considerando «il lungo studio e la preparazione di oltre un ventennio, confortata dei lumi di dotte relazioni e di vivaci e lunghe discussioni avvenute nel Parlamento»¹⁴³. Con il voto di approvazione del disegno

¹⁴¹ Le sanzioni consistevano in una pena pecuniaria da lire 1.000 a Lire 10.000 e nella confisca degli oggetti se erano sequestrati o in una indennità corrispondente al valore approssimativo degli oggetti medesimi se non si potevano recuperare.

¹⁴² A. P. CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVIII, 1ª sessione 1892-93, *Relazione della Commissione* sul disegno di legge *Sulla conservazione dei monumenti e oggetti di belle arti e di antichità*, presentato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica MARTINI, relatore MORELLI GUALTIEROTTI, doc. n.1-A, p.29.

¹⁴³ È quanto si legge nelle conclusioni del relatore Morelli Gualtierotti, in A. P., CAMERA DEI DEPUTATI, *Relazione della Commissione*, cit., p.29.

di legge, infatti, si sarebbe, di fatto, data una prima risposta alla necessità storica di colmare una così grave lacuna legislativa.

8. *L'accoglienza dell'opinione pubblica e le critiche per la violazione dei diritti dei privati*

Così come era accaduto per l'iniziativa del Ministro Coppino, definito «draconiano» dallo stesso Martini sul Corriere di Napoli, anche per il suo disegno di legge presentato nella seduta del 26 novembre 1892, non mancarono critiche. Invero, l'accoglienza dell'opinione pubblica rimase fredda e già dalla lettura delle osservazioni dei membri della Commissione risaltarono più criticità che condivisioni.

La mancata approvazione di una legge nazionale di tutela fu infatti dovuta al rifiuto di porre limiti al principio della inviolabilità della proprietà privata, e quindi alla difficoltà di riconoscere il primato del pubblico bene sul libero commercio ed esportazione delle opere d'arte.

Senza giungere alla totale stroncatura del disegno, vennero criticate alcune singole, particolari disposizioni, sottolineandone soprattutto le lacune.

Emersero preoccupazioni circa i tempi e la compilazione dei cataloghi (troppo pochi sei mesi e poco chiari i criteri dell'inserimento dei beni artistici), il mancato rispetto della proprietà privata in caso di incuria (da valutare da chi?) e il rifiuto di mostrare i beni agli studiosi (quali?), la composizione della giunta, il limite dei 50 anni (troppi o troppo pochi), il giudizio sull'antichità o artisticità di un oggetto (demandato a chi?), il mancato obbligo per il privato di denunciare gli oggetti di sua proprietà (e il catalogo?), l'eccessiva restrizione della proprietà privata e la scarsa difesa dei diritti dei privati, e soprattutto l'arbitrio nel quale si sarebbe potuto incorrere nella puntuale applicazione delle dette disposizioni.

Venne sottolineata la mancata tutela di famiglie povere alle quali veniva così impedito di trarre dalla vendita di oggetti d'arte il necessario per il loro sostentamento.

Per qualcuno la tassa di esportazione del 10% era troppo alta, altri avrebbero voluta portarla al 20% e voluto liberalizzare la vendita nei confini del regno e impedirne la fuoriuscita.

Alcuni ritennero sufficiente il diritto di prelazione dello Stato e quindi proposero di abolire l'espropriazione e di precisare i termini per l'esercizio della prelazione e del pagamento del prezzo¹⁴⁴.

Critiche feroci arrivarono già il 6 dicembre dal celebre avvocato Guido Nobili¹⁴⁵ attraverso una lettera aperta ai deputati in difesa del diritto di proprietà, che, a suo avviso, veniva minacciato e violato dal disegno di legge Martini.

Secondo l'autore della lettera erano state predisposte «disposizioni così severe e prepotenti da fare impallidire qualunque ukase bandito nel libero Governo della Russia»¹⁴⁶.

Per il polemico avvocato lo Stato liberale non era più in grado di garantire la tutela dei diritti fondamentali e si stava andando nella direzione di una vera e propria violazione di ogni tipo di garanzia, riducendo la libertà ad un concetto meramente ideale.

Nel tempo, il caposaldo di ogni sistema di governo, ovvero il fondamento di ogni diritto cittadino, era sempre stato rappresentato da quel diritto di proprietà che ora si andava a manomettere e a caducare dietro la promessa di una presunta difesa del patrimonio storico e artistico nazionale.

Si trattava quindi di una concreta minaccia, da parte dello Stato ai diritti di libertà e di proprietà.

Si prevedeva infatti che nel caso in cui l'oggetto d'arte presentasse un valore storico o artistico non poteva essere venduto se non allo Stato che poteva decidere di comprarlo in qualsiasi momento o addirittura mai. Il limite era notevole perché chiunque fosse stato proprietario di un quadro o di un altro oggetto d'arte di sommo valore, sarebbe passato, dopo l'approvazione della legge, dalla

¹⁴⁴ Termini che mancano nel progetto.

¹⁴⁵ Guido Nobili (Firenze 1850-1916), fu avvocato, scrittore e polemista. Attraverso i suoi scritti denunciò la forte delusione postunitaria, l'insofferenza verso l'apparato statale, l'avversione verso il parlamento e si schierò in difesa dell'istituzione familiare e in particolare della proprietà privata. Nella lettera aperta in difesa della proprietà, manifestò anche i suoi timori e i suoi sospetti antisocialisti e antiegalitaristi. Per la biografia si veda: V. CAMAROTTO, *Nobili, Guido*, in *DBI*, LXXVIII, Roma 2013, pp. 632-634.

¹⁴⁶ G. NOBILI, *Sul progetto di legge per la conservazione dei monumenti, oggetti d'arte e d'antichità: lettera aperta*, Firenze 1892, p. 5.

condizione di proprietario a quella di depositario fino a quando lo Stato non avrebbe deciso di «pagarne l'importo».

Quindi, l'avvocato, nel tentativo di influenzare i suoi destinatari, sollevò questo interrogativo alla maggioranza parlamentare che si trovava a decidere sul disegno Martini:

«Ma, egregi e onorevoli Deputati, voi che avete sott'occhio lo Stato, che quasi lo potete toccare con mano, ve lo immaginate con quale larghezza di vedute, con quale garbatezza correranno e trattative e denari fra il cittadino e lo Stato il giorno che questi dovesse acquistare un oggetto d'Arte già catalogato, o meglio già confiscato?»¹⁴⁷.

Non mancava poi di criticare la “farraginosità” del procedimento di espropriazione e soprattutto la mancanza di tutela per il privato cittadino proprietario, in caso di disaccordo con lo Stato sul prezzo del bene. Infatti secondo il disegno di legge, nel caso in cui l'espropriato avesse rifiutato la somma offerta dallo Stato, sarebbe stato garantito attraverso la nomina di un arbitro da parte dell'espropriato, di un altro per parte dello Stato e di un terzo di comune accordo. In caso di disaccordo, invece, la nomina di questo terzo arbitro sarebbe spettata al Presidente del tribunale di Roma a prescindere dal luogo in cui si fosse trattato l'affare. La ratio di questa disposizione risiedeva nell'opportunità di indurre il Presidente romano, estraneo ai soggetti della controversia, a rivolgersi al Ministero che avrebbe dato istruzioni sulla questione.

Vi erano seri dubbi sul fatto che Legislatori e Commissari d'Arte fossero in possesso di tante opere d'arte da riuscire a disciplinare anche in base all'esperienza personale e quindi alla competenza, la materia. L'incertezza più grande era dovuta al timore (reale) di lasciar decidere sulle opere d'arte chi non ne aveva per chi invece ne aveva. In questa lettera la polemica investì ferocemente anche il socialismo, descritto come il più efferato dei crimini statali. Il Nobili sosteneva che oramai lo Stato si era assunto il compito di far progredire la liquidazione sociale, quindi gli anarchici non erano obbligati ad esercitare nessuna forma di violenza per portare tutti alla parità, che si

¹⁴⁷ Ivi, p.6.

sarebbe realizzata in poco tempo. Inoltre non vi era alcuna certezza nella superiorità dell'amministrazione statale sulla gestione delle cose d'arte, viste le sue ristrettezze economiche.

Invitava inoltre a non temere la crisi prospettata nel caso in cui il progetto si fosse arenato perché si trattava di una spoliazione di privati non in linea con le reali esigenze della nazione, profondamente colpita dalla triste sorte dei soldati dell'esercito, allontanati dalle famiglie e dal lavoro e costretti ad andare sui campi di battaglia. Se non si era in grado di salvaguardare concretamente il patrimonio artistico, il rischio di deterioramento sarebbe stato molto alto, quindi qualunque amante dell'arte, l'avrebbe apprezzata anche se l'opera fosse stata conservata fuori dall'Italia in quanto

«La Scienza e l'Arte sono un patrimonio dell'Umanità, e se un oggetto artistico o antico esula per andare in onore presso altre Nazioni, non per questo può dirsi perduto. Tornerà da noi quando l'esperienza ci avrà ammaestrati che per esser forti bisogna esser ricchi, e che per esser ricchi bisogna esser liberi; ma di quella libertà che lascia aperto il campo all'attività e alla responsabilità umana, e non di quella libertà tirannica di cui godiamo, per la quale non si può stendere un piede senza inciampare in cento leggi che non ci permettono di allungare un braccio senza cozzare in multe, in ammende, in denunce, in ricorsi, e che ci stremano così l'energia e la vita, gravandoci addosso, più che una cappa di piombo»¹⁴⁸.

La questione dell'esportazione e del commercio delle opere d'arte era risalente ai tempi dello Stato Pontificio. L'editto Pacca fu creato in occasione del recupero dei capolavori d'arte trafugati da Napoleone e dell'esaltazione della passione per gli scavi. Le leggi però, si sa, venivano applicate e disapplicate in base alle necessità del tempo, sicché l'editto Pacca, che conteneva norme molto restrittive, di fatto non venne applicato. Al riguardo il Nobili ricordava la mancata riscossione della tassa del 20 per cento e la dissoluzione di molte Gallerie private¹⁴⁹.

¹⁴⁸ G. NOBILI, *Sul progetto di legge*, cit., pp. 11-12.

¹⁴⁹ F. BARELLINI, *La mente di Ferdinando Martini*, Roma 1892, pp.4-5

Sia nei diversi regni dell'Italia preunitaria che nello Stato Pontificio, malgrado la feroce giurisprudenza dei Camerlenghi, le belle arti si erano sempre trovate in un ampio regime di libertà, dove tutti vendevano e alienavano, e questo giovava sia a Roma che alle casse dello Stato:

«L'arte prosperava, e della prosperità dell'arte si vantaggiava indirettamente l'erario e direttamente il patrimonio artistico dello Stato, come dimostrano gl'inarrivabili musei sorti per l'impulso e la munificenza dei pontefici»¹⁵⁰.

In effetti, nessuno dei Papi curò l'osservanza dell'editto Pacca che rimase solo un *pro forma*¹⁵¹ e quando Fiorelli cercò invano una copia nell'archivio del Ministero, si dovette ricorrere all'archivio della tipografia della Camera¹⁵².

Il disegno di legge Martini fu percepito come la riproduzione e la combinazione di tutte le principali norme esistenti prima dell'Unità quindi:

¹⁵⁰ F. BALLERINI, *Le Belle Arti nelle Legislazioni passate e presenti italiane e straniere*, Genova 1898, p. 162.

¹⁵¹ F. BALLERINI, *La vitalità delle Belle Arti annichilita in Roma. Nuovi sforzi per abbatterla nelle province*, Roma 1893, p. XI.

¹⁵² La testimonianza è tratta dal volumetto anonimo N.N., *Roma e il progetto Martini sulle Belle Arti*, cit., p.10 che esamina le caratteristiche del disegno di legge Martini con particolare riguardo al caso romano. L'autore sceglieva di delimitare il campo d'indagine alla disciplina dei beni mobili appartenenti ai privati, in virtù della loro commerciabilità, mettendo in luce i presupposti concettuali che ispiravano la disciplina delle esportazioni ed operando una valutazione sull'opportunità della stessa ai fini del raggiungimento degli obiettivi prefissati. Si evidenziavano quindi le criticità della disciplina proposta auspicando una riforma che provvedesse in maniera adeguata alla tutela delle Belle Arti, tenendo conto dei diritti dei privati e delimitando tutte le restrizioni alla proprietà degli oggetti d'arte. Tale scritto, di autore ignoto, per lo stile, per le considerazioni svolte, per le soluzioni proposte, si avvicina molto a quella degli altri commentatori del disegno Martini dell'epoca, quindi sembrerebbe riconducibile alla posizione assunta dal polemistà Franco Ballerini che pubblicò diversi opuscoli a riguardo. C'è da dire che le testimonianze raccolte sull'argomento sono unidirezionali, tutte protese alla completa stroncatura del progetto, quindi si può ipotizzare l'influsso di questa scuola di pensiero anche sul nostro ignoto.

«Uno spizzico di editto Doria, una pillola di editto Aldobrandini, un pugno di polvere di editto Pacca, parecchi cucchiaini di altre leggi italiane di simile stampo, versa tutto nel vaso di Pandora con molt'acqua distillata della burocrazia... e mescol!»¹⁵³.

La miopia del Martini consistette nella mancata distinzione tra ciò che bisognava mantenere e ciò che bisognava modificare. Dare rilievo alla discussione accademica piuttosto che alla regolamentazione dello stato di fatto determinò una distanza notevole dai termini della questione.

Tuttavia se si analizzano le disposizioni legislative emanate dal governo pontificio ci si rende conto del fatto che la proprietà privata era stata largamente rispettata dalle disposizioni di legge proposte dal Martini ma non era stata trovata una soluzione concreta al problema del commercio artistico che, inevitabilmente si legava, per il suo carattere di specialità, a quello dei diritti dei privati.

Tale disattenzione determinò esiti negativi nella natura del progetto, perché se i diritti del commercio si definivano in diritti dei privati, parimenti, le necessità del commercio risultavano così speciali da richiedere un trattamento specifico e chi era capace di rispettare i supremi principi del diritto privato, poteva danneggiare, nonostante questo riguardo, la vita commerciale.

Ciò in virtù di una coscienza nazionale che portava lo Stato ad esercitare il suo diritto di difesa, in modo da neutralizzare tutto ciò che risultava contrario alla pubblica utilità prima di tutto l'alienazione delle opere d'arte perché,

«Quando capolavori d'arte emigrano, la coscienza nazionale si turba come per offesa fatta ad alti interessi morali. Lo stesso inesorabile diritto di conquista rispetta i capolavori artistici. Se vi sono cittadini immemori dell'onore nazionale, lo Stato deve guarentirsi contro i loro deplorabili oblii o le loro tristi avidità. Fuori di questa piccola cerchia, il diritto di proprietà privata liberamente si svolge. Se vi sono cose degne di essere trattenute in Italia, si acquistino; il rimanente

¹⁵³ Ivi, p. XXVI.

vada pur via. Non ne proverrà danno alla scienza, alla storia, all'arte, le quali è assurdo credere progrediscano in ragione del maggior numero di oggetti che rimangono in un paese. La Germania ha monumenti in numero molto minore dei nostri, e nondimeno l'archeologia, la critica storica e artistica vi sono coltivate con grande onore e profitto. Preme invece che lo studio dell'antico ecciti lo spirito a nuove, creazioni geniali, e che i monumenti sieno guardati con investigazione volenterosa, non con ammirazione infeconda»¹⁵⁴.

Tuttavia se si voleva consentire allo Stato di comprare, era necessario che avesse la disponibilità economica per farlo e da questa esigenza scaturivano le disposizioni sui proventi destinati agli acquisti. In quest'ottica si giustificava l'utilità anche della tassa di esportazione.

Nelle sue conclusioni Martini ribadì che la sua proposta non era affatto una legge draconiana, anzi, si fondava su principi di equità e scioglieva la manomorta artistica. Il compito dello Stato era quello di ostacolare tutto ciò che poteva effettivamente danneggiare l'utilità pubblica:

«Il «summus jus, summa injuria» fu più volte riconosciuto vero a proposito di qualche vecchio editto tuttavia in vigore. Non giova illudersi; nè da questa nè da altre proposte di legge si otterranno tutti gli effetti desiderabili. Impulso di iniziative individuali, progredita educazione pubblica, più vivace e generale sentimento di affetto all'arte e a tutte le manifestazioni dell'ideale, maggiore operosità e competenza in coloro che prendono cura dei monumenti, ben ordinata e graduale ripartizione di carichi e di lavoro sì che le ricerche, gli studi, i cataloghi, i restauri ecc., vengano, di mano in mano, a conclusioni compiute e sicure: queste ed altre condizioni sono indispensabili affinché una legge sulle antichità produca effetti utili, visibili, facilmente apprezzabili dalla universalità dei cittadini. Ad ogni modo, se piaccia dare

¹⁵⁴A. P. CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVIII, 1^a sessione 1892, Disegno di legge *Conservazione dei monumenti*., cit., doc. n.1, pp. 2-3.

la vostra approvazione al disegno di legge che tengo ad onore di presentarvi, molti buoni effetti si conseguiranno, a mio credere, sin d'ora: molti danni sin qui lamentati si eviteranno»¹⁵⁵.

E nella relazione della Commissione si sottolineava il fatto che la piena libertà di vendere gli oggetti contribuiva allo sviluppo e alla conservazione delle belle arti, più che la predisposizione di leggi restrittive in quanto:

«Se è vero che nelle leggi di un popolo alita lo spirito del tempo e si ripercuote l'influenza dell'ambiente in cui nascono, è da credere che questa corrente di protezione corrispondesse ad un sentimento generale tanto più notevole in quanto ebbe agio di esplicarsi anco in luoghi ed in tempi che possono ben dirsi classici per la libertà degli scambi. E questa gelosia paurosa con cui il popolo italiano fu abituato da secoli a guardare il suo ricco patrimonio artistico si svegliò più intensa allorquando, felicemente acquistata l'unità d'Italia, si dubitò generalmente se fossero ancora in vigore le leggi dei caduti Governi, sotto le quali tanto splendore d'arte aveva potuto raccogliersi e conservarsi al paese»¹⁵⁶.

Le voci critiche ebbero modo di contestare il progetto Martini affermando che gli oggetti artistici che circolavano sul mercato romano in realtà provenivano dal resto del paese e dall'estero e a Roma erano solo di passaggio, quindi lo stesso ripristino dell'Editto Pacca, non poteva che essere valutato negativamente in quanto dovuto «all'inesperienza dalle condizioni di fatto in cui si trovava l'arte a Roma [...] fece dimenticare quale fosse l'indole del commercio artistico»¹⁵⁷ compromettendo irrimediabilmente le sorti delle arti. L'astrattezza del progetto Martini in merito alla questione del

¹⁵⁵ Ivi, p. 3.

¹⁵⁶ A. P. CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVIII, 1ª sessione 1892-93, *Relazione della Commissione*, cit., doc. n.1-A, p. 6.

¹⁵⁷ N.N., *Roma e il progetto Martini*, cit., p. 11.

commercio artistico si coglieva dall'assenza di una qualsiasi valutazione degli effetti prodotti dall'applicazione dell'editto Pacca:

«Non s'avvede che c'è un altro termine nella vertenza, cioè il vero e proprio commercio artistico; quel commercio che fa del vendere e del comprare non un fatto raro e saltuario, ma continuo, organizzato, ampio; che ricerca attivamente gli oggetti d'arte dispersi, li raccoglie, li offre di continuo all'amatore e li converte in oro»¹⁵⁸.

Nella medesima ottica si avanzarono aspre censure alla posizione espressa nel disegno di legge Martini, fondate sull'assenza, per dirla con una definizione odierna, di una analisi dell'impatto economico del progetto di legge, lacuna che, secondo tale impostazione, nella non si possono non cogliere profili indubbiamente strumentali, sarebbe stata addirittura idonea a mettere in discussione la sopravvivenza del commercio artistico.

Tutte le disposizioni erano dirette a conciliare l'interesse pubblico perseguito dallo Stato con le richieste dei privati, tuttavia risultò estremamente difficile realizzare questo proposito. I contrasti aumentavano sempre di più e una netta chiusura venne dal polemista Franco Ballerini che pubblicò diversi opuscoli in difesa delle Belle Arti, della libertà del domicilio e del diritto di proprietà, dove metteva in evidenza gli aspetti negativi della disciplina proposta.

Uno degli argomenti ricorrenti, e per niente nuovo, fu quello della difficoltà del commercio artistico, cioè dell'impossibilità dei privati di commerciare liberamente gli oggetti d'arte di loro proprietà. Si chiari che:

«Il vero essere del commercio delle belle arti, vero commercio di lusso, consiste nell'allettare a qualunque costo il compratore che è sempre raro, e togliere ogni impaccio alla circolazione»¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Ivi, p. 14.

¹⁵⁹ F. BALLERINI, *La vitalità delle Belle Arti*, cit., p. XX.

Quindi, l'adozione e l'esecuzione di norme volte ad evitare la vendita e la dispersione del patrimonio artistico, avrebbe dovuto colpire solo le opere di proprietà dello Stato senza intaccare quelle dei privati, altrimenti ci sarebbe stata una vera e propria rivoluzione.

Nell'opuscolo del 1893¹⁶⁰, si riportarono le osservazioni critiche dei diversi senatori del Regno sul già citato progetto di legge Coppino del 1887, in modo da mettere in evidenza le ragioni del suo fallimento e suscitare, attraverso la larga diffusione dell'opuscolo, una riflessione sull'inadeguatezza anche del contemporaneo disegno di legge Martini.

La spoliazione da parte dello Stato degli oggetti d'arte che componevano il patrimonio del privato proprietario rappresentava una grande violazione del diritto di proprietà; mentre l'imposizione di obblighi, vincoli e divieti diminuiva di fatto il valore del diritto, affievolendolo. Inevitabile sarebbe stata la situazione di squilibrio e disparità creatasi tra quei cittadini del Regno proprietari di oggetti di sommo valore e tra quelli proprietari di oggetti di minor importanza.

Nelle diverse pubblicazioni del commentatore furono anche ricordate le leggerezze commesse nella redazione della Relazione del disegno di legge Martini.

Secondo il Ballerini, il primo errore sarebbe stato quello di aver affermato, a sostegno della posizione assunta e tale da giustificare la iniqua tassazione prevista, che i privati detenessero la maggior parte del patrimonio artistico. Ciò fu interpretato come un grave pregiudizio perché in realtà i privati possedevano nelle loro case pochi oggetti d'arte e raramente di gran pregio, quindi il regime di tassazione ideato dal Martini appariva sproporzionato sia rispetto all'effettivo patrimonio del privato che rispetto al bene da tutelare e quindi ai risultati attesi. Altro errore fu quello di aver voluto far credere che l'opinione pubblica avesse accolto il nuovo disegno di legge, definendo *voci stridenti*¹⁶¹ le manifestazioni di dissenso che da nord a

¹⁶⁰ F. BALLERINI, *Discorsi e giudizi dei vari senatori del Regno che le servitù dichiarano ingiuste e dannose alle belle arti, con proemio e postille di Franco Ballerini*, Roma 1893.

¹⁶¹ Nella citata relazione di Morelli Gualtierotti p.13 si legge: «Non mancarono voci stridenti, ma isolate di protesta, l'effetto delle quali fu solamente quello di far meglio risaltare l'unanime consenso della grande maggioranza che approva e vuole, al di sopra dell'interesse personale di pochi, seriamente conservare alla patria ciò che è prezioso patrimonio di tutti».

sud si diffondevano ogni giorno nel paese attraverso i più noti giornali¹⁶².

Un esempio emblematico, fra i tanti, citato da Ballerini, fu un articolo pubblicato sul *Messaggero*¹⁶³ che riportava le osservazioni dei senatori chiamati a discutere di belle arti. L'articolo si apriva con la denuncia di protesta dei commercianti di opere d'arte milanesi che lamentavano le vessazioni che avrebbero subito da un'eventuale approvazione del progetto Martini. Nel corpo dell'articolo si descrivevano le condizioni delle Belle Arti, prima e dopo l'approvazione della legge del 1871 e il trattamento riservato ai capolavori d'arte nella vicenda della tutela, dai Papi; si rimarcava il ruolo della Burocrazia e si rappresentavano, infine, i timori per un inevitabile e triste epilogo in caso di approvazione del disegno Martini.

Si chiedeva perciò una maggiore cautela nel trattare la complicata materia del diritto di proprietà per scongiurare il rischio di un deperimento.

La rigidità dei vincoli legislativi previsti avrebbe causato seri danni ai privati con ripercussioni anche sulla sfera pubblica:

¹⁶² F. BALLERINI, *La vitalità delle Belle Arti*, cit., pp. XVI-XVII: «Ma in che mondo vivono gli onorevoli Membri della Commissione? Se in questo sublunare, devono almeno aver sentito il brusio sollevato dalle proteste di Milano, di Firenze, di Napoli; dalle decine di opuscoli usciti dalle tipografie di Roma, di Bologna e di Firenze; devono aver letto qualcuno dei mille articoli apparsi in tutti i giornali della penisola; ma specialmente quelli del Corriere di Napoli firmati dal Martini, dallo Scarfoglio e da altri; quelli del Don Chisciotte recanti le firme di Luigi Lodi, di Leone Vicchi ecc.; quelli della Tribuna firmati da Rastignac; quello dell'Illustrazione Italiana di un Leone Fortis; quelli del Torneo sottoscritti da Gandolin; quelli dei due Fanfulla, quotidiano e domenicale, taluno con la firma del marchese Filippo Crispolti; e poi gli articoli senza firma del Fracassa, del Messaggero, del Garibaldi, della Gazzetta di Foligno, della Patria; e, fuori d'Italia, quelli del *Matin* e del *Gil Blas*!..

Perché, con uno sforzo eroico di volontà, si potrà forse far credere che questa folla di pubblicisti onorati, stretti in fascio con gli onorevoli senatori, non sono altro che una turba d'intermediari smaccati; ma nè l'onore. Morelli Gualtierotti, né tutta la Commissione capitanata da Michele Coppino, potrà mai far credere ch'essi rappresentino soltanto delle voci stridenti, spregiabili ed isolate!».

¹⁶³ ANONIMO, *Solite Vessazioni*, in *Il Messaggero*, XV, n. 270 del 29 settembre 1893, p. 1 riportato da F. BALLERINI, *La vitalità delle Belle Arti*, cit., pp. 185-187.

«Volete la decadenza assoluta, volete il completo annichilimento delle Belle Arti in Roma e in tutta Italia?

Postergate le libere parole degli onorandi Senatori, del Porcia, di Pietro Leopoldo, di Farini, di Pisanelli, di Asproni, e di altrettali; date parvenza ed autorità di legge al fiscale progetto escogitato, come si pretende, dall'onorevole Martini, e il gran fatto sarà compiuto.

Gl'italiani, che già tanto meschinamente si occupano di Belle Arti, se ne allontaneranno in modo assoluto;

Gli Stranieri, come per incanto, cesseranno di venire fra noi a fare i loro acquisti; si rimarranno dal dar commissioni ai nostri pittori, scultori, musicisti, intarsiatori ecc. ecc.;

Gli Artisti, che, anco nei tempi più felici, avevano dai forestieri copiose commissioni; cioè nella proporzione del novanta per cento di fronte a noi; resteranno con le mani alla cintola.

E della floridezza delle Belle Arti, della passata prosperità privata e pubblica rimarrà solo il tenue ricordo, la languida eco, e il generale rimpianto»¹⁶⁴.

La responsabilità di aver richiamato in vigore le norme degli stati preunitari attraverso la legge del 1871, ebbe un peso importante nei rimproveri del commentatore Ballerini che in quasi tutti i suoi opuscoli formulò ai deputati l'accusa di aver ripristinato, attraverso l'approvazione di quella legge 'temporanea' (per modo di dire), antichi pregiudizi che si accompagnavano a vere e proprie persecuzioni. Venne in rilievo il fatto che:

«Appena proclamato Roma capitale d'Italia e proprio allora che il patrimonio artistico della nazione poteva dirsi già così strabocchevole da sfidare il confronto con qualsivoglia delle più grandi e più ricche nazioni del mondo, proprio allora una grandine di veti, prima totalmente ignorati; di multe, di processi, d'angherie burocratiche, d'inciampi, di ritardi viene a turbare profondamente la pacifica repubblica delle belle arti, allontanandone gli amatori nostrani e stranieri, e

¹⁶⁴ F. BALLERINI, *Discorsi e giudizi*, cit., Roma 1893, pp. V-VI.

deprezzando gli oggetti, come sempre accade di tutte le cose gravate di servitù».

Quindi i divieti, i freni, i ritardi, i permessi, i processi e le sanzioni, avrebbero portato alla distruzione delle belle arti e alla rovina del commercio artistico:

«Con questa legge, così inopportuna proposta quando appunto il bisogno era minore, con la esistenza dei musei insuperabili e completi interamente, e che perciò, vogliamo sperare, il Senato non vorrà approvare, si tenta di dar l'ultimo colpo alle belle arti togliendo loro quel resto, già così meschino, di vita che è potuto rimanere. Questa legge non è che la ripetizione più o meno di quelle dei cessati governi, colla differenza che quelli, vedendone il danno non le applicavano, mentre questa, se verrà approvata, sarà inesorabile.

Ciò non ostante essa non solleverà grandi lagnanze, perché ormai pochi si curano di belle arti, e di ciò fanno fede le esposizioni, nelle quali, se non vi fossero le compre ufficiali o semi ufficiali, non vi sarebbe la minima vendita. Si mettano i freni alle arti liberali, e si può esser sicuri della loro distruzione in tempo non lontano»¹⁶⁵.

Addirittura, la cultura, l'ingegno e il buon senso del Martini destarono sospetti sulla reale provenienza del disegno di legge, che tendeva a superare i metodi polizieschi dei tempi passati, colpendo unicamente chi ancora si occupava di belle arti.

Fu messa in dubbio perfino la paternità del progetto, ritenendo che fosse frutto del lavoro della Burocrazia e che del Martini portasse solo il nome.

Secondo questa ricostruzione¹⁶⁶, la Burocrazia aveva già previsto che il progetto sarebbe stato respinto e quindi che avrebbe continuato ad imperare la legislazione precedente e proprio per questo

¹⁶⁵ F. BALLERINI, *La vitalità delle Belle Arti*, cit., p. XXI.

¹⁶⁶ Il riferimento è al polemistia Franco Ballerini che nei suoi scritti evidenziò i difetti della legislazione vigente e fece osservazioni critiche al testo del Martini.

dissimulava. La Burocrazia italiana, grazie alla straordinaria legittimazione attribuitale dal Parlamento, riusciva a muoversi correttamente e con scaltrezza in quelle dinamiche in modo da ottenere ed assicurarsi dei vantaggi, senza curarsi dei danni che ne sarebbero derivati:

«Dalle leggi inconsulte che essa é chiamata ad applicare, provengono danni incalcolabili agli interessi privati, alla nazione, alle Belle Arti? E che le importa? Per dato e fatto dell'editto Pacca, che ha trovato i suoi più accaniti fautori nei travetti del Ministero, resta fuori della legge con danni irreparabili, una schiera di rispettabili e notabili persone? Ciò non la riguarda! Col pretesto del bene pubblico e degli alti interessi dell'arte, la Burocrazia bada al bene particolare, e ai bassi interessi di se stessa!»¹⁶⁷.

Si auspicava un cambio di rotta nel ministero dell'istruzione che avrebbe riportato le arti al regime di libertà in cui vivevano:

«Verrà un ministro dell'istruzione che ardisca rompere il tristo cerchio della burocrazia faccendiera? Che sappia incarnare in sé e riesca ad esplicare con un energico atto legislativo gli alti ideali del Porcia, di Pier Leopoldo e degli altri testé nominati? Non oso sperarlo. Sarebbe l'avverarsi di uno splendido sogno, sarebbe il ritorno all'antica agiatezza, all'antico splendore dell'arte; ma, in verità, di un giorno siffatto, tra la fitta nuvolaglia che circonda le belle arti, non vedo ancora, o non so vedere, nemmeno i primissimi albori»¹⁶⁸.

Era impossibile ottenere una resa da parte dei proprietari di fronte ad una legislazione percepita come vessatoria, iniqua e arbitraria come quella su cui si stava discutendo.

¹⁶⁷ F. BALLERINI, *Testo del disegno di legge Martini sulla Conservazione dei Monumenti con osservazioni critiche di Franco Ballerini*, Roma 1893, pp. 57-58.

¹⁶⁸ F. BALLERINI, *Le Belle arti*, cit., p. 167.

Effettivamente la supremazia dell'interesse pubblico, in cui trovavano giustificazione i vincoli imposti, contrastava con l'antico principio della sacralità del diritto di proprietà, sempre garantito da codici e leggi.

I tempi non erano ancora maturi per l'affermazione della priorità dell'interesse nazionale. Quindi la difficoltà di conciliare l'interesse pubblico con quello privato era ancora troppo grande da non consentire una riforma in tal senso.

9. Conclusioni

Del resto il movimento culturale e politico che, nutrito dagli ideali patriottici e nazionalisti del Risorgimento, mirava al raggiungimento di una identità unitaria e quindi ad una rinascita italiana, subì negli anni '80 dell'Ottocento un brusco arresto. Compiuta l'Unità nazionale, la classe dirigente del nuovo Regno nazionale aveva avvertito la necessità anche di un processo di unificazione culturale del paese. Bisognava fare gli italiani, infondere le virtù civili, rendere vivo il ricordo degli eventi della storia nazionale italiana, riuscire a far conoscere tra l'altro, l'arte italiana, dall'antichità al Rinascimento ed oltre.

Ma questa aspirazione risorgimentale, di una necessaria rinascita culturale nazionale, nel corso degli anni cominciò a scontrarsi, nel mondo parlamentare, con la trama sconcertante degli intrighi e delle macchinazioni; trama diretta a farsi largo nella vita politica per creare o accrescere le proprie ricchezze e soprattutto le speculazioni edilizie nella Roma capitale del Regno d'Italia che determinarono la realizzazione di molteplici quartieri urbani, da un momento all'altro senza regole, senza vincoli, furono il segnale più evidente di questo cambiamento. Affari, tutti a vantaggio di un ristretto gruppo di aristocratici romani, finanziatori piemontesi e non solo. Nessuna difesa per i prati romani e per i terreni contigui, gli antichi borghi; nessun controllo per le attività immobiliari, da parte degli ambienti ministeriali. È nel corso di questo frenetico slancio di trasformazione urbana di Roma che Martini presentò il suo disegno di legge per la tutela delle opere d'arte. Un segnale di vigile presenza dello Stato lanciato in un contesto politico che concedeva libertà di speculazione edilizia. In questo contesto il messaggio di creare una nazione ed un

popolo tutto legato dalla stessa storia, lingua, tradizioni e testimonianze artistiche, senza interferenze straniere, risultava affermato solo nei confronti del patrimonio artistico dei privati.

Per di più agli inizi degli anni '90, la “febbre edilizia” aveva visto diminuire l’alta redditività degli investimenti. In un periodo di crisi economica e politica risultava ben difficile far accettare controlli ed invadenza ministeriale in un campo sino ad allora di ben scarsa tutela, ovvero la vendita e l’esportazione degli oggetti d’arte e d’antichità.

Pertanto il tentativo di regolamentazione della materia portato avanti dal Martini, senza successo, si inserisce nel lungo e faticoso dibattito post-unitario solo come un ulteriore tassello che andrà ad essere posto alla base dei tentativi successivi, poi sfociati nella legislazione di inizio novecento.

Tale tentativo, pur partendo dal presupposto del riconoscimento della proprietà privata, risultò comunque troppo rigido e severo per i commentatori e l’opinione pubblica dell’epoca.

Il testo definitivo non trovò infatti l’approvazione del Parlamento perché comunque ritenuto troppo vincolante e limitativo del commercio e della proprietà privata.

Tutto ciò accadeva mentre la riesumazione delle legislazioni preunitarie aveva determinato una compressione della circolazione di tali beni e aveva attribuito un ruolo preminente alla burocrazia statale nella sorveglianza dei beni artistici, in ogni caso mal vista dai commentatori che accusavano tale burocrazia finanche di svolgere il suo ruolo perseguendo interessi non propriamente generali.

Con tutta probabilità tale atteggiamento contraddittorio dei portatori di interessi dell’epoca era determinato dal fatto che era comunque preferibile soggiacere all’arbitrio della burocrazia e alle rigidità delle normative preunitarie che, per la loro eterogeneità e incompletezza, lasciavano larghi margini di elusione delle stesse, che soggiacere a nuovi assetti regolamentativi che, quand’anche più rispettosi in astratto dei diritti della proprietà privata, avrebbero dimostrato una maggiore efficacia, una maggiore uniformità applicativa e perciò, in definitiva, una maggiore capacità di controllo dei beni di proprietà privata e della loro circolazione.

Infatti, in assenza di una catalogazione dei beni, le pure restrittive norme preunitarie trovavano applicazione scarsa e inefficace, consentendo una circolazione di fatto dei beni artistici che in assenza

di elenchi onnicomprensivi e pubblici era difficoltoso se non impossibile limitare o controllare, essendo rimesso il controllo agli organi di polizia e all'attivazione di procedure di classificazione ad hoc del bene da parte del Ministero dell'Istruzione.

Le stesse contraddizioni si ritrovano nel dibattito sull'annosa vicenda delle Gallerie Romane, collezioni per le quali le famiglie nobiliari chiedevano la soppressione del vincolo fidecommissario e la libertà di disposizione dei beni e denunciavano con forza l'ingiustizia del vincolo di matrice pontificia, anche se tali vincoli non avevano impedito in molti casi il trasferimento e la vendita di beni artistici.

Si ricorda sul punto il caso della Galleria Sciarra, di cui si è trattato in precedenza, nel quale il vincolo fidecommissario era stato sostanzialmente eluso senza conseguenze dalla omonima famiglia nobiliare, trasferendo circa 50 opere, di cui 16 di sommo pregio dalla Galleria. Tale episodio che fu alla base dell'intervento legislativo d'urgenza definito "catenaccio" dimostrava come le pressioni per la soppressione dei vincoli preunitari fosse sovente accompagnata dall'elusione degli stessi vincoli.

E allora si coglie l'origine della difficoltà di approvazione di nuove discipline sulla materia che, per quanto richieste, si dimostravano infine, per i portatori d'interessi orientati al libero commercio dei beni d'arte, sempre meno convenienti che lo stato di incertezza normativa e di libertà elusiva dell'epoca.

D'altronde, pur partendo dalle intenzioni più inclini al riconoscimento delle prerogative della proprietà privata, è indiscutibile che il disegno di legge Martini, così come il testo licenziato dalla Commissione, avevano comunque un'impronta normativa che, avendo lo scopo di salvaguardia dei beni storico artistici, non poteva scendere sotto una determinata soglia di vincoli e controlli, senza i quali la stessa opera legislativa avrebbe perso di senso.

Pertanto, in queste condizioni, il varo di una nuova normativa di tutela degli oggetti d'arte si presentava come un'impresa, di fatto, impossibile in quanto la nuova regolamentazione che avrebbe dovuto superare le discipline preunitarie tanto contestate si scontrava con l'interesse di coloro che ritenevano che tale superamento dovesse portare il segno del libero commercio delle opere e non della salvaguardia e della fruizione pubblicistica nell'interesse della nazione.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALLEGATI al disegno di legge sulla *Conservazione dei monumenti e degli oggetti di antichità e d'arte*, presentato al Senato del Regno nella tornata del 4 dicembre 1900, Legislatura XXI, 1^a sessione 1900-1901; Documento n. 30-A ter. ANONIMO, *Solite Vessazioni*, in *Il Messaggero*, XV, 270 del 29 settembre 1893; ARCHIVIO STORICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Disegni, proposte di legge e incarti delle Commissioni*, vol. 566, fasc.1; ASOR-ROSA A., *Ambrosoli, Francesco*, in *DBI*, II, Roma 1960, pp.734-735; ATTI PARLAMENTARI, SENATO DEL REGNO, Atti Interni, Legislatura XI, 2^a sessione 1871-72; *Progetto di Legge per la Conservazione dei monumenti e degli oggetti d'arte e di archeologia* presentato in iniziativa al Senato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica CORRENTI nella tornata del 13 maggio 1872, doc. n. 47; ATTI PARLAMENTARI, SENATO DEL REGNO, Legislatura XIII, Sessione del 1876-77, *Documenti, Progetti di Legge e Relazioni*, Relazione dell'Ufficio Centrale sul Progetto di Legge *Conservazione dei Monumenti e degli oggetti d'arte e d'archeologia*, doc. n. 30-A; ATTI PARLAMENTARI, SENATO DEL REGNO, Documenti, Progetti di Legge e Relazioni, Legislatura XVI, 2^a sessione 1887, Progetto di Legge *Conservazione dei monumenti e degli oggetti d'arte e di antichità* presentato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica COPPINO, doc. n.13; ATTI PARLAMENTARI, CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVII, 1^a sessione 1890-91-92, Disegno di Legge *Provvedimenti per le gallerie fidecommissarie di Roma*, presentato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica VILLARI, doc. n. 299; ATTI PARLAMENTARI, CAMERA DEI DEPUTATI, Documenti, Disegni di Legge e Relazioni, Legislatura XVII, 1^a sessione 1890-91-92, Relazione della Commissione sul Disegno di Legge *Provvedimenti per le Gallerie fidecommissarie di Roma*, relatore GALLO, doc. n. 299-A; ATTI PARLAMENTARI, CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVII, 1^a Sessione 1890-91-92, Disegno di Legge *Conservazione dei Monumenti*, presentato dal Ministro dell'Istruzione Pubblica VILLARI, doc. n. 315; ATTI PARLAMENTARI, CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVIII, 1^a sessione 1892, Disegno di Legge *Sulla conservazione dei monumenti e degli oggetti d'arte e di antichità* presentato dal ministro dell'Istruzione Pubblica MARTINI, doc. n.1; ATTI PARLAMENTARI, CAMERA DEI DEPUTATI, *Documenti, Disegni di Legge e Relazioni*, Legislatura XVIII, 1^a sessione 1892-93, Relazione della Commissione sul Disegno di Legge *Sulla conservazione dei monumenti e oggetti di belle arti e di antichità*, relatore MORELLI GUALTIEROTTI, doc. n.1-A; ATTI PARLAMENTARI, CAMERA DEI DEPUTATI, *Discussioni*, Legislatura XVII, Tornata del 28 gennaio 1892. ATTI PARLAMENTARI, CAMERA DEI DEPUTATI, *Discussioni*, Legislatura

XVII, Tornata del 1° febbraio 1892; ATTI PARLAMENTARI, CAMERA DEI DEPUTATI, *Discussioni*, Legislatura XVII, Tornata del 25 maggio 1892. ATTI PARLAMENTARI, CAMERA DEI DEPUTATI, *Discussioni*, Legislatura XVIII, Tornata del 26 novembre 1892. BACCELLI A., G.B., *ricordi*, Napoli 1931; BALLERINI F., *Discorsi e giudizi dei vari senatori del Regno che le servitù dichiarano ingiuste e dannose alle belle arti, con proemio e postille di Franco Ballerini*, Roma 1893; BALLERINI F., *La vitalità delle Belle Arti annichilita in Roma. Nuovi sforzi per abbatterla nelle province*, Roma 1893; BALLERINI F., *Le Belle Arti nelle Legislazioni passate e presenti italiane e straniere*, Genova 1898; BALLERINI F., *Testo del disegno di legge Martini sulla Conservazione dei Monumenti con osservazioni critiche di Franco Ballerini*, Roma 1893; BARBAGALLO F., *Il Mattino degli Scarfoglio (1892-1928)*, Parma 1979; BARBAGALLO F., *Il Mattino degli Scarfoglio*, Parma 1979; BARELLINI F., *La mente di Ferdinando Martini*, Roma 1892; BERTINI F., *Frascara, Giuseppe*, in DBI, L, Roma 1998, pp.302-304; BORTOLOTTI A., *Un borghese viaggiatore, deputato e sindaco di Bergamo: Luigi Cucchi nell'Archivio del Museo storico della città di Bergamo (1837-1898)*, in «Quaderni del Museo Storico della città di Bergamo» 18 (1999), pp. 1-130; BRONZINI G., *Michele Torraca*, in «La Basilicata nel Mondo», II, 3(1925) pp.1-18; BRUNIALTI A., *L'eredità politico-parlamentare di A. Depretis*, in «La rassegna nazionale», 9 (1887), vol. 36, pp. 778-787; CAMAROTTO V., *Nobili, Guido*, in DBI, LXXVIII, Roma 2013, pp. 632-634; CANDELORO G., *Storia dell'Italia moderna*, V, Milano 1968; CANDELORO G., *Storia dell'Italia moderna*, VI, Milano 1970; CARVALE G., *Fusinato, Guido*, in DBI, L, Roma 1998, pp.806-808; CAROCCI G., *Agostino Depretis e la politica interna italiana dal 1876 al 1887*, Torino 1956; CAROCCI G., *Nota sul trasformismo*, in «Nuovi argomenti», III (1955), pp. 43-54; CAROCCI G., *Storia d'Italia dall'Unità ad oggi*, Milano 1977; CAROCCI G., *Il trasformismo dall'Unità ad oggi*, Milano 1992; CHABOD F., *Storia della politica estera italiana: dal 1870 al 1896*, vol. I, *Le premesse*, Roma-Bari 1997; CHECCHIA G., *Poeti, prosatori e filosofi nel secolo che muore: studi, ritratti e bozzetti*, Caserta 1900; CHIARANTE G., *Da Comprati a Venduti*, in L'Unità, 24 gennaio 2003; CIAN V., *Necrologi: Ferdinando Martini*, in «Giornale storico della letteratura italiana», 91 (1928), 420-421; CILIBRIZZI S., *Michele Torraca in I grandi lucani nella storia della nuova Italia: da Mario Pagano a Gianturco a Fortunato a Nitti e a Torraca*, Napoli 1956; COLAJANNI N., *Corruzione politica*, Catania 1888. CONSIGLIO A., *E. Scarfoglio ed altri studi romantici*, Lanciano 1932; CONSIGLIO A., *Le più belle pagine di Edoardo Scarfoglio*, Milano 1939; CONSIGLIO A., *Napoli amore e morte: Scarfoglio e Matilde Serao*, Napoli 1959; CONTI F., *Giorgini Giovan Battista*, in DBI, 55 (2001), pp.334-338; CORLEO S., *Collegio plurinominale o uninominale? come poter disciplinare i partiti*, in «Rassegna di scienze sociali e politiche», 4 (1886), n. 1, p. 347-363; CORVAGLIA E., *Serena di Lapigio, Ottavio*, in DBI, XCII, Roma

2018, pp.93-95; CRESPI M., *Baccelli, Guido*, in *DBI*, V, Roma 1963, pp.13-15; CROCE B., *Ferdinando Martini*, in *La letteratura della Nuova Italia*, III, Bari 1908, pp. 317-34; CROCE B., *Ferdinando Martini*, in *La letteratura della nuova Italia. Saggi critici*, Bari 1929; D'AMBROSIO B., *Sul diritto di proprietà: considerazioni*, Napoli 1875; D'AZEGLIO M., *I miei ricordi*, A. M. GHISALBERTI (a cura di), Torino 1971; DE CAMBRAY-DIGNY T., *Discorsi del deputato Tommaso De Cambray Digny novembre e dicembre 1889*, Roma 1890; DE CAMBRAY-DIGNY T., *Il duello e l'ultimo progetto di codice penale*, Firenze 1885; DE CAMBRAY-DIGNY T., *Monte Bianco*, Firenze 1879; DE MARTINO F., *La proprietà*, Napoli 2010; DE MARTINO F., *Lezioni di storia del diritto italiano: la proprietà*, Napoli 1946; DE MATTEI R., *Cultura e letteratura antidemocratiche dopo l'unificazione*, Firenze 1937; DE MATTEI R., *Dal trasformismo al socialismo*, Firenze 1940; DE MAURO T., *Storia linguistica dell'Italia unita*, Bari 1963; DEgni F., *I Limiti del diritto di proprietà*, Milano 1901; DEL BOCA A., *Gli Italiani in Africa Orientale*, Roma-Bari 1976-1984; DONATI A., *Ferdinando Martini*, Roma 1925; EMILIANI A., *Leggi, bandi e provvedimenti per la tutela dei beni artistici e culturali negli antichi Stati italiani 1571-1860*, Bologna 1978; FERRARI A., *Il trasformismo: 1881-1892*, in «Nuova rivista storica», 12 (1928), n. 4, pp. 355-383; FORTUNATO G., *Dissidenza e trasformismo: 22 maggio 1880 - 7 novembre 1882*, Bologna 1892; FORTUNATO G., *Il "trasformismo" e le elezioni del 29 ottobre 1882: 22 ottobre e 7 novembre 1882*, in *Il Mezzogiorno e lo Stato italiano: discorsi politici: 1880-1910*, Bari 1911, vol. 1, pp. 179-193; GIGLIO R., *Edoardo Scarfoglio dalla letteratura al giornalismo*, Napoli 1979; GIGLIO R., *L'invincibile penna Edoardo Scarfoglio tra letteratura e giornalismo*, Napoli 1994; GORRINI G., *G.B., la vita, l'opera, il pensiero*, Torino 1916; GRAMSCI A., *Quaderni del carcere*, Edizione Critica dell'Istituto Gramsci a cura di V. GERRATANA, 4 voll., Torino 1975, III, Quaderno 19 (X), pp. 2010-2014 e pp. 2044-2045; GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli 2006; GROSSI P., *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», V/VI (1976/77), pp.201-338; HESPANHA A. M., *La cultura giuridica europea*, Bologna 2013, pp.236-238; LABANCA B., *Sebastiano Turbigo*, S.I. s.n. 1902. LABANCA N., *In marcia verso Adua*, Bari 1993; LEGGE 13 maggio 1822. LEGGE 15 luglio 1877 N. 3961 sull'obbligo dell'istruzione elementare (Pubblicata in Gazzetta Ufficiale, 30 luglio 1877, N. 177); LEGGE 22 gennaio 1882, n. 593, relativa ai requisiti per l'elettorato attivo; LEGGE 7 maggio 1882, n. 725, relativa all'introduzione dello scrutinio di lista e del r.d 13 giugno 1882, n. 796, che ridefinì la mappa dei collegi; LEGGE del 28 giugno 1871 n.286, che statuiva la inalienabilità e la indivisibilità delle raccolte artistiche ex-fidecommissarie (Pubblicata in Gazzetta Ufficiale 28 giugno 1871, n. 174); LOMBARDI F., *Guido Baccelli e la sua biblioteca storica-medica*, Napoli 1964; LUONGO D., *La*

corruzione tra forme giuridiche e visioni del potere, in D. CROCCO (a cura di), *Corruzione e inefficienza nella pubblica amministrazione*, Napoli 2017, pp. 21-119; MANZOTTI F., *Alle origini del trasformismo*, in «Nuova Antologia», 102 (1967), pp. 95-103; MARIOTTI F., *La legislazione delle belle arti*, Roma 1892; MARONGIU G., *La tassa sul macinato: un nome vecchio per un'imposta nuova*, in «Rivista di Storia dell'Agricoltura», XLIX, 2 (2009), pp. 25-98; MARTINI F. (a cura di), *Il primo passo: note autobiografiche*, Firenze 1882; MARTINI F., *A ζονζο*, Catania 1899; MARTINI F., *A ζονζο*, Milano 1930; MARTINI F., *Chi sa il gioco non l'insegni. La strada più corta. Il peggio passo è quello dell'uscio. La vipera*, Firenze 1906; MARTINI F., *Confessioni e ricordi, 1859-1892*, Milano 1929; MARTINI F., *Confessioni e ricordi: Firenze granducale*, Firenze 1922; MARTINI F., *Cose africane: da Saati ad Abba Carima*, Milano 1896; MARTINI F., *Di palo in frasca*, Modena 1891; MARTINI F., *Di palo in frasca: dal Fanfulla della Domenica e da La Domenica letteraria*, Milano 1944; MARTINI F., *Diario: 1914-1918*, Milano 1966; MARTINI F., *Fra un sigaro e l'altro: chiacchiere di Fantasio; A ζονζο*, Milano 1930; MARTINI F., *Il diario eritreo*, Firenze 1942-1943; MARTINI F., *In Toscana: Studi dal vero*, Firenze 1898; MARTINI F., *Le Università*, in «Nuova Antologia», 6 (1894), pp. 193-209 - 7 (1894), pp. 385-407; MARTINI F., *Lettere, 1860-1928*, Milano 1934; MARTINI F., *Nell'Africa italiana*, Milano 1935; MARTINI F., *Nell'Africa italiana: impressioni e ricordi*, Milano 1891; MARTINI F., *Pagine raccolte*, 1933; MARTINI F., *Pagine raccolte*, Firenze 1912; MARTINI F., *Peccato e penitenza e altri racconti*, Milano 1913; MARTINI F., *Prefazione* in M. BARTOLOMEI GIOLI, *La marchesa Alviti*, Firenze 1888, pp. V-IV; MARTINI F., *Simpatie: studi e ricordi*, Milano 1926; MARTINI F., *Teatro di Ferdinando Martini*, Milano 1872; MARTINI F., *Una delle due*, in *Corriere di Napoli*, XX, 225 del 17-18 agosto 1891, lettera del 17 agosto; MARTINI F., *Una delle due*, in *Corriere di Napoli*, XX, 226 del 18-19 agosto 1891, lettera del 18 agosto; MARTONE L., *La giustizia italiana nelle colonie*, Torino 2015; MAZZONI G., *Ferdinando Martini*, estratto da «Nuova Antologia», 63, (1928), fasc. 1348, pp. 137-158; MINISTERO DELLA PUBBLICA ISTRUZIONE *Leggi, decreti, ordinanze e provvedimenti generali emanati dai cessati governi d'Italia per la conservazione dei monumenti e la esportazione delle opere d'arte*, Roma 1881; MOLA A., RICCI A.G. (a cura di), *I Governi Giolitti (1892-1921)*, in *Giovanni Giolitti: al Governo, in Parlamento, nel carteggio*, Foggia 2007; MORANDI C., *I partiti politici nella storia d'Italia*, Firenze 1945; N. N., *Roma e il Progetto Martini sulle Belle Arti*, Roma 1893; NATALE G., *Scandali e corruzione parlamentare*, in «Il ponte», 4 (1948), n. 3, pp. 223-227; NAZZARO C., *Ricordo di Edoardo Scarfoglio*, Torino 1960; NOBILI G., *Sul progetto di legge per la conservazione dei monumenti, oggetti d'arte e d'antichità: lettera aperta*, Firenze 1892; OJETTI U., *Alla scoperta dei letterati*, P. PANCRAZI (a cura di), Firenze 1967; PARISSET E., *Les monuments historiques*, Paris 1891; per un più approfondito esame dell'argomento si veda: Ministère

de l'instruction publique et des beaux-arts, *Monuments historiques: loi et décrets relatifs à la conservation des monuments historiques, liste des monuments classés*, Paris 1900; PENDE N., *Bacelli, Guido*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, V, Roma, 1949 (Rist. fotolitica dell'ed. del 1930); PROCACCI G., *Breve nota sul trasformismo*, in «Spettatore italiano», 1-2 (1949), pp. 100-102; PROUDHON P.J., *Che cos'è la proprietà? o Ricerche sul principio del diritto e del governo: prima memoria (1840)*, prefazione, cronologia, bibliografia di U. CERRONI (a cura di), Roma-Bari, 1967; QUARESIMA I., *Guido Bacelli: sintesi di una vita*, Roma 2012; RAGIONIERI E., *I moderati toscani e la classe dirigente italiana negli anni di Firenze capitale*, in *Politica e amministrazione nella storia dell'Italia unita*, Bari 1967, pp. 131-148; REGIO DECRETO 24 settembre 1882, n. 999 (Pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*, 27 settembre 1882, N. 226); Regolamento della Camera del 1 giugno 1888; RODOTÀ S., *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*, Bologna 1990; RODOTÀ S., *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», V/VI (1976/77), pp. 881-917; ROMANELLI R., *Cambray-Digny, Luigi Guglielmo de*, in *DBI*, XVII, Roma 1974, pp. 152-160; ROMANELLI R., *Depretis, Agostino*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXXIX, Roma 1991, pp.66-89; ROMANELLI R., *L'Italia liberale 1861-1900*, Bologna, 1990; ROMANELLI R., *Il comando impossibile: Stato e società nell'Italia liberale*, Bologna 1988; ROMANELLI R., *Martini, Ferdinando*, in *DBI*, LXXI, Roma 2008, pp. 216-223; RUSSO L., *Scarfoglio leggendario*, estratto da «Belfagor», XVIII, 6 (1963), pp. 695-698; SABBATUCCI G., *Trasformismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, VIII, Roma 1998, pp. 658-663; SALVI E., *Storia del diritto di proprietà*, Milano, 1915; SANZIN L.G., *L'abolizione della tassa sul macinato*, in «Rassegna Storica del Risorgimento» XXXVIII, Fasc. III-IV, Luglio-Dicembre 1951, pp.627-630; SAPORITO V., *Ancora sul riscatto delle meridionali*, Roma 1906; SAPORITO V., *Il riscatto delle ferrovie meridionali*, in «Nuova antologia di lettere, scienze ed arti», Serie 5 v. 122 (1906), pp. 673-690; SAPORITO V., *Liquidazioni e riscatti ferroviari*, in «Nuova antologia di lettere, scienze ed arti», Serie 5 v. 123 (1906), pp. 117-128; SAPORITO V., *Trenta anni di vita parlamentare: delusioni e speranze per la patria*, Roma 1926. SCARFOGLIO E., *Il supplizio di Tantalò*, in *Corriere di Napoli*, XX, 222 del 14-15 agosto 1891; SESTAN E., *La Destra Storica*, in «Rassegna Storica Toscana», VII (1961), pp. 217-236; SETON-WATSON CH., *L'Italia dal liberalismo al fascismo, 1870-1925*, Bari 1973; SILIPRANDI P., *Considerazioni sul momento politico-parlamentare*, Mantova 1895; STOCCHETTI F., *Edoardo Scarfoglio*, Napoli 1923. TINTI M., *Giovanni Fattori: Con note biografiche di Matilde Gioli Bartolomei*, Roma 1926; TOMASSINI F., *Scarfoglio, Edoardo*, in *DBI*, XCI, Roma 2018, pp.334-337; TORRACA M., *I meridionali alla Camera*, Estratto dal «Bollettino napoletano», Napoli 1879, pp.1-54; TORRACA M., *Nota politica*, Estratto da «Vita italiana»,

nuova serie, fasc. I, Roma 1896, pp.1-16; TORRACA M., *Nuova Politica*, Roma 1896; TURBIGLIO S., *Analisi storica delle filosofie di G. Locke e di G. Leibniz*, 1, *La filosofia sperimentale di Giovanni Locke costrutta a priori per il professore Sebastiano Turbiglio*, Torino 1867; TURBIGLIO S., *Analisi storico-critica della critica della ragion pura: otto lezioni estratte dal corso di storia della filosofia*, Roma 1881; TURBIGLIO S., *Benedetto Spinoza e la trasformazione del suo pensiero: Libri tre*, Roma 1874; TURBIGLIO S., *La mente dei filosofi eleatici ridotta alla sua logica espressione: dissertazione del dottor Sebastiano Turbiglio*, Torino 1869; TURBIGLIO S., *Storia della filosofia: Cartesio, Malebranche, Spinoza*, Torino 1866; V. RICCIO, Michele Torraca in *I meridionali alla Camera nella sedicesima legislatura: profili ed appunti*, Torino-Napoli 1888, pp.375-389; VALGIMIGLI M., *L'epistolario di Ferdinando Martini*, in «Pan: rassegna di lettere, arte e musica», 10 (1934), pp.178-190; BARBETTI E., *Ferdinando Martini*, estratto da «Rivista italiana del dramma», 20 (1941), n. 6, pp.1-40; VERUCCI G., *L'Italia laica*, Bari 1981.

ABSTRACT

Il dibattito pubblico sulla tutela dei beni culturali nell'Italia liberale e, in particolare, sui molteplici tentativi susseguitisi di definirne il perimetro e razionalizzarne la disciplina, è attraversato da contrasti tra intellettuali, politici e portatori di interessi che, specularmente, si trasferiscono nelle aule parlamentari. L'inconciliabilità delle posizioni in campo appare diretta conseguenza della incompatibilità tra interesse pubblico alla tutela dei beni culturali e inviolabilità della proprietà, principio cardine dell'ideologia liberale. In tale contesto l'articolo analizza il disegno di legge Martini, "Sulla conservazione di monumenti e oggetti d'arte e d'antichità" del 1892 con lo scopo di individuare da questa analisi le interferenze che hanno determinato il naufragio del progetto. Il disegno di legge vagliato da una commissione parlamentare, ma mai discusso in aula, si colloca al centro delle polemiche sull'opportunità e la necessità di un apparato legislativo di tutela e conservazione dei monumenti e delle opere, pur senza significativi sacrifici alla proprietà dei singoli. Ma le accuse di vessatorietà e arbitrarietà dei pur non così stringenti vincoli contenuti nella proposta di legge non consentirono il buon esito del tentativo, a cui va riconosciuto comunque il merito di aver fatto fare un passo avanti alla discussione, che vedrà un approdo solo dopo un decennio, mitigando il principio dell'assolutezza della proprietà privata con l'interesse pubblico e sociale alla tutela delle opere d'arte che si andava consolidando nel Paese.

The public debate on the protection of cultural heritage in the liberal Italy and, in particular, on the multiple successive attempts to define its perimeter and rationalize its

discipline, is crossed by contrasts among intellectuals, politicians and stakeholders who, specularly, move to the parliamentary rooms. The irreconcilability of the positions in the field appears to be a direct consequence of the incompatibility between the public interest in the protection of cultural heritage and the inviolability of property, the cardinal principle of liberal ideology. In this context, the article analyzes the Martini bill, “On the conservation of monuments and works of art and antiquities” of 1892 with the aim of identifying from this analysis the interferences which led to the sinking of the project. The bill examined by a parliamentary commission, but never discussed in the (parliamentary) room, is at the center of the controversy on the opportunity and the need for a legislative apparatus for the protection and conservation of monuments and works of art, even without significant sacrifices to the ownership of individuals. But the accusations of vexatiousness and arbitrariness of the not so stringent constraints contained in the law proposal did not allow the success of the attempt, to which the merit of having made one step forward to the discussion must be recognised, which will see a landing only after a decade, mitigating the principle of the absoluteness of private property with the public and social interest in the protection of works of art that was consolidating in the country.

DARIO LUONGO*

RINNOVAMENTO E DIALOGO INTERDISCIPLINARE:
NOTE SULLA STORIOGRAFIA GIURIDICA ITALIANA

SOMMARIO: 1. Visioni del Medioevo. – 2. La nozione di Stato giurisdizionale. – 3. Dibattiti sulla codificazione.

1. *Visioni del Medioevo*

Negli ultimi anni si è assistito a una forte ripresa di interesse per la storia della storiografia giuridica. Due convegni della Società italiana di storia del diritto, tenutisi nel 2015 e nel 2017, sono stati dedicati al tema.

Una peculiare angolatura a partire dalla quale riflettere sulle vicende della storiografia giuridica è costituita dal dialogo che gli storici del diritto hanno (o non hanno in determinati momenti) instaurato con i cultori della filosofia del diritto, del diritto comparato e della storia delle istituzioni e delle dottrine politiche, oltre che con gli studiosi delle discipline di diritto positivo. Il livello e le modalità di quell'interazione sono essi stessi un dato da storicizzare.

Fra gli ultimi decenni dell'Ottocento e i primi del Novecento, ossia all'indomani della sua nascita come disciplina universitaria, la Storia del diritto italiano fu in larga misura impegnata nello studio dell'Alto Medioevo. Si trattava di dissodare un terreno impervio: compito reso difficile non solo dalla scarsità della documentazione, ma anche dal fatto che in quei secoli, in assenza di una significativa attività di rielaborazione dottrinale, il diritto aveva avuto una connotazione essenzialmente consuetudinaria e quindi si era sviluppato attraverso una fonte le cui tracce si presentavano inevitabilmente disperse e frammentarie.

Eppure, quella storiografia non intese rinunciare a interrogarsi sui caratteri dell'identità giuridica italiana. Due filoni tennero il campo.

* Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Napoli "Parthenope".

Quello germanistico, incarnato da Francesco Schupfer, poneva l'accento sull'influenza esercitata dai diritti germanici sulla formazione del diritto italiano. A quel filone se ne contrapponeva un altro, teso non solo a sottolineare l'incidenza della tradizione romanistica, ma a mettere in risalto l'influenza esercitata persino dalle sopravvivenze dei diritti italici formatisi anteriormente alla romanizzazione. Campione di quest'ultimo indirizzo storiografico fu Nino Tamassia.

Negli anni Trenta del Novecento un'energica reazione contro le opzioni tematiche della storiografia dei decenni passati e contro le modalità con cui si era venuto sviluppando il dibattito fra gli storici delle generazioni precedenti ebbe per protagonista Francesco Calasso. Allo storico pugliese le ricerche fino ad allora svolte dagli storici del diritto apparivano caratterizzate da una sostanziale dispersione tematica e come tali incapaci di dare risposta all'esigenza che pure, come si è visto, non era stata estranea a quella storiografia, di definire i caratteri dell'identità giuridica italiana. Per soddisfare quell'esigenza, secondo Calasso, bisognava spostare l'attenzione dall'Alto al Basso Medioevo, concentrare le energie storiografiche sul diritto comune. In polemica con Federico Patetta, per il quale non poteva parlarsi di storia del diritto italiano se non per il periodo successivo all'Unità d'Italia, Calasso sosteneva che la storia del diritto italiano si risolveva nella storia del diritto comune. Era stato lo *ius commune* a plasmare in maniera decisiva l'identità giuridica italiana¹.

Come è emerso con sempre maggiore chiarezza negli ultimi decenni, il diritto comune fu fenomeno di origine essenzialmente dottrinale: esso venne forgiato nelle fucine dei giuristi. Quelle elaborazioni diedero un'impronta fortemente giurisprudenziale al diritto medievale, ma anche e, in larghissima misura, allo stesso diritto moderno. Tuttavia per Calasso il sistema del diritto comune era stato legislativo. Pur non disconoscendo che la giurisprudenza era stata «organo potentissimo» di evoluzione del sistema, lo storico pugliese sosteneva che questo era stato legislativo, avendo avuto il proprio perno nel *Corpus Juris Civilis* e nel *Corpus Juris Canonici*².

In *Medioevo del diritto*, in polemica ancora una volta con Patetta, rifacendosi alle posizioni di Cesare Balbo, lo storico pugliese poneva

¹ F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1970, pp. 86-98.

² Ivi, pp. 128-129.

l'accento sul ruolo svolto dall'Impero, che, a suo avviso, era stato un fattore fondamentale di unificazione politica. Era stato l'Impero, fra l'altro, a far maturare quell'idea di unità che era stata alla base dello *ius commune*³.

Nella visione calassiana la connessione fra Impero e diritto comune era quindi strettissima. Ed è stato in riferimento a quella visione che Paolo Grossi ha parlato di 'statalismo psicologico', ossia della persistenza, persino in un ingegno acuto come quello dello storico pugliese, di una *forma mentis* refrattaria a concepire il fenomeno giuridico fuori dall'orbita statuale⁴.

La stretta connessione posta da Calasso fra Impero e diritto comune era stata oggetto già in precedenza di critiche meditate da parte della storiografia. Ad esempio, Guido Astuti aveva sottolineato come fosse stata essenzialmente scientifica la genesi del diritto comune e come i giuristi medievali non avessero posto la loro opera al servizio esclusivo dell'Impero⁵. La stessa periodizzazione adottata da Calasso era sintomatica della persistenza di una robusta *forma mentis* statalistica. Lo storico pugliese aveva distinto tre epoche del diritto comune: 1) quella del diritto comune assoluto (secoli XII-XIII); 2) quella del diritto comune inteso come sussidiario rispetto agli *iura propria* (secoli XIV-XV); 3) quella del diritto comune particolare, ossia inteso come diritto dello Stato, per cui lo *ius commune* romano-canonico era vigente in quanto recepito dalla legislazione statale (secoli XVI-XVIII)⁶.

Anche a quella periodizzazione Astuti rivolse critiche meditate. Secondo lo storico torinese non era esistita un'epoca del diritto comune assoluto: ad esempio, l'autore delle *Exceptiones Petri*, lungi dal far proprio quel preteso esclusivismo romanistico, aveva scritto senza mezzi termini che andavano calpestate le norme difformi dall'*aequitas*, mentre Oberto dall'Orto, rovesciando il tenore della nota costituzione

³ F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, vol. I, *Le fonti*, Milano 1954, pp. 156-158.

⁴ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, p. 34.

⁵ G. ASTUTI, *Il contributo di Giuseppe Ermini agli studi di diritto comune*, in *Il diritto comune e la tradizione giuridica europoea*. «Atti del Convegno di studi in onore di Giuseppe Ermini. Perugia 30-31 ottobre 1976», Perugia 1980, pp. 5-9 e 17-18.

⁶ F. CALASSO, *Introduzione*, cit., pp. 125-126.

di Costantino (C.8,52[53],2) che aveva ridimensionato la portata della fonte consuetudinaria, aveva sostenuto senz'altro che l'autorità della *lex* (ossia del diritto romano) doveva cedere di fronte a quella della consuetudine. Né in Età moderna era ravvisabile una recezione principesca dello *ius commune*: ché, anzi, erano stati semmai gli statuti comunali a configurare come sussidiario il diritto comune nel quadro della gerarchia delle fonti da essi contemplata⁷.

In realtà, la visione calassiana di un diritto comune particolare inteso come diritto del principe, a cui si connetteva quella di una recezione principesca del diritto romano-canonico, era espressione di quella concezione piramidale dell'assolutismo che è sopravvissuta a lungo nella storiografia politica e giuridica. L'idea di un ordinamento che aveva al proprio vertice la legge del principe costituiva la proiezione, sul piano giuridico, di quella rappresentazione in termini piramidali del potere sovrano.

Per Calasso era espressione dell'idea unitaria medievale l'*utrumque ius*, ossia l'essere lo *ius commune* sintesi del diritto romano e di quello canonico. Lo storico pugliese aveva non a caso polemizzato con la definizione che dello *ius commune* aveva dato Biagio Brugi come diritto romano ammodernato. Quella visione, a suo avviso, facendo del diritto comune un'appendice del diritto romano, metteva in ombra i caratteri peculiari della spiritualità medievale, di cui lo *ius commune* era espressione. Proprio in quanto genuina espressione della spiritualità medievale il diritto comune non poteva che essere *utrumque ius*: e ciò a prescindere dalle alterne vicende dei rapporti fra Papato e Impero⁸.

Raffaele Ajello, nel porre l'accento sul fatto che lo storico del diritto deve tenere conto, per offrire una rappresentazione attendibile del fenomeno giuridico, dei molteplici livelli in cui questo si articola, sostenne, nel 1986, che Calasso aveva guardato solo al livello supremo dell'esperienza giuridica, quello del progetto o statuto. Effettivamente, a quel livello l'esperienza giuridica medievale si presentava sotto il segno dell'unità. Ma, guardata ai livelli inferiori, da quello legislativo a

⁷ G. ASTUTI, *Il contributo*, cit., pp. 15-18.

⁸ F. CALASSO, *Introduzione*, cit., pp. 106-111 e 126-128.

quello prammatico-forense, si mostrava invece profondamente antinomica⁹.

Giovanni Cassandro aveva già criticato la visione calassiana dell'*utrumque ius*. Nelle fonti – aveva notato lo studioso – era assolutamente prevalente l'identificazione del diritto comune col diritto romano. Per Casaregis, ad esempio, lo *ius commune* non consisteva che nelle *ampliaciones*, nelle *limitaciones* e nelle *declaraciones* apportate al diritto romano¹⁰. E, considerata la stretta connessione fra Impero e diritto comune ipotizzata da Calasso, Cassandro aveva rilevato che la concezione carolingia del potere appariva ispirata da fonti veterotestamentarie piuttosto che cristiane: quindi, era ben lungi dal costituire un presagio dell'*utrumque ius*. Né l'ambito della *Christianitas* coincideva con quello dell'Impero. *Christifideles* non erano solo i sudditi dell'Impero¹¹.

Le stesse teorizzazioni che avevano rappresentato in termini armonici i rapporti fra le due componenti dello *ius commune* (ad esempio, quella secondo cui nelle *terrae Ecclesiae* il diritto canonico si applicava anche nelle materie temporali, mentre nelle *terrae Imperii* il diritto romano si applicava nelle materie temporali e quello canonico in quelle spirituali, salvo il caso in cui la *ratio peccati* richiedesse l'applicazione di quest'ultimo anche nelle materie temporali) rinviavano in realtà a una *quaestio finium regundorum*¹². La *reductio ad unitatem* ipotizzata da Calasso era estranea alla storia dell'Occidente. D'altro canto – notava Cassandro – dalla dialettica fra spirituale e temporale era nato il diritto di resistenza ed era germinata quella libertà che aveva profondamente segnato la storia d'Europa¹³.

Se le posizioni calassiane suscitarono un così vivace dibattito fu perché lo storico pugliese impresso una svolta profonda alla riflessione storiografica. Solo un pensiero vitale è in grado di suscitare, sia pure dialetticamente, riflessioni approfondite. Il carattere

⁹ R. AJELLO, *Epistemologia moderna e storia delle esperienze giuridiche*, Napoli 1986, pp. 22-25.

¹⁰ G. CASSANDRO, *La genesi del diritto comune*, in *Il diritto comune*, in *Mneme, Melanges de la memoire de Michel A. Dendias*, Athenias-Paris, 1978, pp. 61-64.

¹¹ G. CASSANDRO, *Lezioni di diritto comune*, vol. I, Napoli 1971, pp. 63-79.

¹² Ivi, pp. 247-253.

¹³ G. CASSANDRO, *La genesi*, cit., pp. 86-89.

innovativo della riflessione degli storici del diritto formati alla scuola di Calasso è una dimostrazione della fecondità di quell'insegnamento. Basti pensare all'insistenza di Manlio Bellomo sulla necessità di guardare ai giuristi come a un ceto e alla scienza giuridica come al sapere di cui quel ceto si servì per imporsi nella dialettica dei poteri¹⁴. Ad esempio, l'elaborazione del diritto feudale da parte della *scientia juris* fu uno strumento di cui il ceto giuridico si servì per controllare i poteri signorili¹⁵.

A suggerire agli storici del diritto di ricostruire la storia del ceto giuridico era stato un grande storico 'generale', Marc Bloch. Ma Cassandro, fedele alla lezione dell'idealismo e quindi ostile a tutto ciò che, sia pure vagamente, sapesse di sociologia, aveva considerato una iattura l'accoglimento dell'invito di Bloch da parte degli storici del diritto. Accoglimento che egli diceva di temere, giacché essi non sempre erano ferrati nella teoria della storiografia¹⁶. La resistenza di uno storico, pure lucidissimo, come Cassandro ad accogliere la prospettiva indicata da Bloch era superata appieno da Bellomo, il cui manuale sulla società e sulle istituzioni medievali era in larga misura incentrato sulle vicende del ceto giuridico.

Molti sono i punti della ricostruzione calassiana che hanno subito una profonda revisione ad opera di Ennio Cortese. *In primis* la questione cruciale dell'*utrumque ius*. Cortese ha posto l'accento sulle condizioni politiche che ne favorirono la genesi. Fu l'imporsi delle pretese ierocratiche a creare le premesse perché si affermasse quel meccanismo delle deroghe (delle norme romanistiche ad opera di quelle canonistiche) che, giustificato dalla *ratio peccati*, era oggettivamente favorevole alla difesa delle posizioni ecclesiastiche¹⁷.

La svolta verso l'*utrumque ius* avvenne quindi a seguito di fondamentali eventi politici. La logica delle deroghe era invece estranea alla Glossa. Lo era allo stesso Martino Gosia, quello che pure un grande canonista, Enrico da Susa, il cardinale Ostiense, avrebbe definito «spiritualis homo». Cortese ha dimostrato come,

¹⁴ M. BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia dal Medioevo agli inizi dell'Età moderna*, Catania 1984⁴, pp. 349 e 422-423.

¹⁵ Ivi, pp. 438-441.

¹⁶ F. CASSANDRO, *Lezioni*, cit., pp. 156-157.

¹⁷ E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, Roma 1995, vol. II, *Il Basso Medioevo*, pp. 228-231.

nell'affrontare la questione del computo dei gradi di parentela, il glossatore si fosse attenuto alla normativa romanistica in materia di successione e a quella canonistica in materia matrimoniale, come cioè avesse adottato null'altro che una distinzione di piani *ratione materiae*, senza mettere in campo il meccanismo delle deroghe¹⁸.

Già negli anni '60 nella storiografia giuridica era andata intanto emergendo una nuova sensibilità nella ricostruzione degli istituti privatistici. La direttrice fondamentale di quelle ricerche consisteva nello svincolarsi dalla precomprensione moderna degli istituti e nel ricostruire questi ultimi a partire dall'ideario medievale. Protagonista di quella nuova stagione di studi fu Paolo Grossi. Nel 1963 usciva la sua monografia sulla *locatio ad longum tempus*¹⁹. In quello scritto lo studioso fiorentino mostrava le peculiarità di un negozio che acquistava la sua coloritura dalla durata. Era la durata ad avere per effetto il trasferimento del dominio utile in capo al conduttore. La categoria del *duplex dominium* sarebbe stata al centro della successiva riflessione di Grossi in materia di diritti, *rectius* di situazioni reali. Sintagma che lo studioso fiorentino preferiva e preferisce adoperare per rimarcare le peculiarità della configurazione assunta da quella materia per tutta l'epoca che aveva preceduto l'età dei codici.

Nella *locatio ad longum tempus*, come si è accennato, era centrale la dimensione della durata. In società caratterizzate da lente trasformazioni quali erano quelle premoderne era il tempo a imprimere un segno decisivo agli assetti giuridici. Le linee di quella ricerca conobbero uno snodo fondamentale nel corso del 1968 sulle situazioni reali nell'esperienza medievale. Scritto rivelatore di un fitto dialogo fra storiografia giuridica e antropologia culturale. Centrale era infatti in esso il richiamo alle teorizzazioni di Lévy Bruhl sulla 'mentalità primitiva'²⁰. Il 'reicentrismo' veniva ricostruito a partire dai tratti profondi dell'antropologia medievale. In una situazione caratterizzata da una profonda percezione della propria precarietà esistenziale, l'uomo non si sentiva in una posizione dominativa nei

¹⁸ Ivi, pp. 79-81.

¹⁹ P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli 1963.

²⁰ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova 1968.

confronti della realtà esterna. Non poteva perciò non essere estranea all'antropologia medievale una concezione 'assolutistica' della proprietà.

L'assetto medievale delle situazioni reali ebbe le sue premesse in quello che Grossi avrebbe chiamato in seguito tempo della 'fondazione'. La costruzione della categoria del *duplex dominium* da parte della *scientia juris* nell'epoca che lo studioso fiorentino avrebbe chiamato tempo dell'edificazione non fu che una traduzione, negli stampi forgiati dalla dottrina giuridica, di quelle premesse altomedievali²¹.

Negli scritti successivi a quello del 1968 Grossi avrebbe sottolineato la lunga durata della categoria del *duplex dominium*. L'assetto delle situazioni reali che si riassumeva in quella categoria dogmatica venne meno solo col crollo dell'Antico Regime. Come Grossi avrebbe mostrato negli scritti confluiti nel 1992 ne *Il dominio e le cose*, non erano mancati indirizzi scientifici, quali quello umanistico, che, partendo da un'interpretazione rigorosa dei testi romanistici, avevano messo in discussione la teorica del *duplex dominium*²². Nella Seconda Scolastica l'inquadramento della proprietà come *facultas ad omnem usum* aveva costituito un precoce precorrimiento, sul piano teorico, della proprietà 'assoluta' affermata all'indomani del crollo dell'Antico Regime²³. Tuttavia, ancora a metà del Settecento un autore come Robert-Joseph Pothier, che pure sarebbe stato detto il padre del *Code Napoléon*, si mostrava ancorato alla tradizionale teorica del *duplex dominium* (come Grossi avrebbe dimostrato in polemica con Scozzafava)²⁴.

Ma l'esistenza di forme plurali di proprietà sarebbe riemersa nell'Ottocento. Perciò, in una ricostruzione dei primi del Duemila, Grossi avrebbe descritto l'intera parabola dell'evoluzione storica delle situazioni reali come una vicenda segnata dal passaggio dalle proprietà alla proprietà e dall'emersione di quest'ultima alla riemersione delle

²¹ I riferimenti alla 'fondazione' e all'edificazione sono in GROSSI, *L'ordine*, cit., pp. 125 e 37.

²² P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992, pp. 191-280.

²³ Ivi, pp. 281-383.

²⁴ Ivi, pp. 385-437.

proprietà²⁵. Insomma, quella che, sulla base della precomprensione indotta dalla disciplina del *Code Napoléon*, appariva l'unica proprietà, risultava essere solo una delle forme storicamente determinate di proprietà.

Nel 1969 due allievi di Grossi, Mario Sbriccoli e Pietro Costa, pubblicavano due monografie solidamente costruite su fonti giuridiche, ma che, per la loro apertura alla storia politica, alla storia delle istituzioni e alla storia delle dottrine politiche, erano nel contempo destinate a stimolare il dibattito interdisciplinare. *L'interpretazione dello statuto* di Sbriccoli verteva sull'interazione fra ceti giuridico e dinamiche politiche comunali²⁶. Lo studioso maceratese non rinunciava a usare la categoria di 'intellettuali organici' per designare i giuristi operanti all'interno delle istituzioni comunali. Infatti, come precisava lo storico, i giuristi ricevevano un mandato dai vertici politici. Ma l'intero volume documentava i margini amplissimi di autonomia acquistati dai giuristi ed estrinsecantisi non solo nella loro attività di redattori degli statuti, ma anche e in primo luogo sul terreno cruciale dell'*interpretatio*. Sbriccoli mostrava quanto ricco e sofisticato fosse il repertorio degli strumenti ermeneutici di cui gli interpreti si servivano per ampliare il loro ruolo di mediazione. Già dall'*intensio* appariva evidente quanto fosse ampio il volume di operatività dell'*interpretatio*. Ma decisivo era il canone ermeneutico secondo cui lo statuto, essendo *stricti iuris*, non poteva non essere soggetto a interpretazione passiva, ossia effettuata sulla base delle categorie elaborate dalla dottrina di diritto comune. L'enorme congerie di discipline normative messe a punto da quest'ultima era, nelle mani dei giuristi, uno strumento efficacissimo per plasmare le discipline statutarie fino a realizzare talvolta il risultato di svuotarne del tutto la portata normativa. Se in generale i giuristi conseguivano il risultato di imporre le proprie scelte discostandosi dalla *littera* attraverso il richiamo alla *ratio*, al *sensus*, alla *mens legis*, talvolta si servivano, al contrario, di un'interpretazione rigorosamente letterale

²⁵ P. GROSSI, *Proprietà e contratto*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari 2007⁸, pp. 128-138.

²⁶ M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione del giurista nell'età comunale*, Milano 1969.

della norma come di un grimaldello per inchiodare lo statuto alla sua formulazione testuale e in tal modo privarlo di forza normativa.

Numerose erano le giustificazioni di cui essi si servivano per ampliare il raggio d'azione dell'*interpretatio*, dall'*operabilitas* alla *naturalis necessitas* alla *vitatio absurditatis* alla teorica secondo cui l'interpretazione affondava le sue radici nel diritto naturale. Ma, come metteva opportunamente in luce Sbriccoli, vi era un argomento che mostrava in maniera plastica la portata assunta dalla dimensione interpretativa nel diritto comune: si arrivava a sostenere che, come l'*interpretatio* poteva mettere sostanzialmente capo alla novazione legislativa, così la novazione legislativa era sostanzialmente un'operazione interpretativa. Insomma, come la creazione di nuovo diritto non era attività del tutto libera perché presupponeva l'interpretazione del diritto preesistente (inteso, in senso ampio, come deposito di diritto naturale e concretizzazione dei valori equitativi), così l'interpretazione era tale da mettere capo alla creazione di nuovo diritto.

Quella visione del potere era al centro della monografia di Costa sulla *iurisdictio*²⁷. In quello scritto, estremamente innovativo e destinato a incidere significativamente sui dibattiti successivi della storiografia giuridica e della storiografia delle dottrine politiche, lo studioso fiorentino mostrava come il Medioevo giuridico fosse giunto a rappresentare attraverso quel lemma l'intero processo del potere. In un universo valoriale ritenuto oggettivo l'esercizio del potere non poteva essere che rivelazione di un ordine preesistente. Perciò, la stessa emanazione della legge era uno *ius dicere* piuttosto che uno *ius dare*. Nella definizione irneriana, sostanzialmente riprodotta dalla Glossa accursiana, *iurisdictio* era la *potestas* di *reddere ius* e di statuire l'*aequitas*. Quest'ultima era la chiave di volta dell'intero ordine giuridico. Come risultava dalla ricerca di Costa, solo col *De concordantia catholica* di Niccolò da Cusa il momento legislativo avrebbe acquistato una piena autonomia da quello giurisdizionale e la *potestas condendi legem* sarebbe apparsa come sovraordinata rispetto alla *iurisdictio*.

²⁷ P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 1969.

2. La nozione di Stato giurisdizionale

L'Umanesimo giuridico avrebbe poi confermato quella svolta teorica. Per Andrea Alciato la *potestas condendi legem* era *facultas reservata principi*: un potere che il titolare del vertice politico non condivideva con altri soggetti²⁸. Per Zasius i giuristi medievali avevano errato nell'interpretare *significative* e non *materialiter*, come si sarebbe dovuto, quell'*animadvertere facinorosos homines* in cui un testo di Ulpiano (D. 2, 1, 3) aveva fatto consistere quel *merum imperium* che per i giuristi medievali era la più elevata delle manifestazioni della *iurisdictio*²⁹. Quest'ultima, nel diritto romano, non aveva quindi alcuna attinenza con la sfera legislativa. Era pertanto attraverso un'interpretazione 'scorretta' del diritto romano che i giuristi medievali avevano accreditato la loro visione globale della *iurisdictio*.

La chiarificazione concettuale di cui furono artefici Alciato e Zasius costituisce una testimonianza esemplare di come l'Umanesimo giuridico, lungi dall'essere animato da intenti meramente eruditi, tendesse, attraverso la storia e la filosofia, a mettere in discussione risalenti punti di vista che attenevano sovente a questioni di grande importanza: nel caso di specie, alla rappresentazione complessiva del potere e al modo di concepire il rapporto fra legislazione e giurisdizione. Fu attraverso il dialogo interdisciplinare che, negli anni Cinquanta del Novecento, venne superata la visione tradizionale che guardava al Cultismo come a un movimento avulso dalla pratica. Una rappresentazione che aveva lontane ascendenze negli stessi dibattiti metodologici di età umanistica. Alberico Gentili, giurista pure coltissimo e quindi tutt'altro che assimilabile ai causidici rinchiusi nell'*hortus conclusus* del praticismo forense, criticò gli eccessi dell'erudizione umanistica. Oltre un secolo dopo Gianvincenzo Gravina, esponente di primo piano di quello che è stato detto movimento neoumanistico e uomo dotato di una robusta cultura storico-filosofica, nell'indicare la cifra dei principali indirizzi scientifici succedutisi fra Medioevo ed Età moderna, scrisse che, mentre gli

²⁸ Cfr. D. LUONGO, *Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, vol. I, *Oltre il consenso metafisico*, Napoli 2007, pp. 112-117.

²⁹ Ivi, pp. 369-371.

esponenti della scuola bartolistica erano prevalentemente attenti alla prassi, quelli della scuola cuiaciana (cioè umanistica) lo erano alla teoria³⁰. Nel 1956 Domenico Maffei mostrò invece come l'Umanesimo giuridico avesse inteso rispondere a sollecitazioni che provenivano dalla realtà politica del tempo offrendo, con l'ausilio della ricerca storica e della riflessione filosofica, risposte alle istanze di rinnovamento. La ragione per cui il Cultismo attecchì in Francia piuttosto che in Italia fu che nel grande paese d'Oltralpe esistevano le condizioni politiche e culturali (non ultima la tradizione gallicana) per rendere credibile una prospettiva di rinnovamento giuridico³¹. Riccardo Orestano, un romanista attentissimo alla storia del diritto intermedio, sottolineò anch'egli che gli umanisti, lungi dall'essere degli attardati cultori di un'erudizione fine a sé stessa, furono uomini partecipi delle contese politiche e religiose del loro tempo e trasfusero quella tensione critica nella loro opera scientifica³².

Ma al rinnovamento degli studi sull'Umanesimo giuridico diede un apporto non trascurabile anche uno storico della filosofia come Eugenio Garin, pubblicando, fra l'altro, il *De medicinae et legum nobilitate* di Coluccio Salutati e i testi di alcuni umanisti (da Leonardo Bruni a Poggio Bracciolini a Nicoletto Vernia) che furono protagonisti della disputa delle arti³³. Agli albori della modernità il dibattito sulle gerarchie disciplinari ebbe un'importanza cruciale, che andò ben oltre l'ambito strettamente culturale. Era in discussione l'egemonia della cultura giuridica e quindi la pretesa dei giuristi di svolgere un ruolo di mediazione sociale e politica. L'Umanesimo giuridico di Andrea Alciato nacque dall'esigenza di ricomporre quella frattura. Per restaurare la centralità del sapere giuridico, il ruolo dei giuristi venne rilegittimato su basi nuove. La legittimazione dell'*Ordo juris* venne posta su basi consensuali. Ma anche Alciato, che pure esprime una versione moderata dell'Umanesimo (ad esempio, si astenne dal

³⁰ Cfr. D. LUONGO, *Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, vol. II, *Verso il fondamento sociale del diritto*, Napoli 2008, pp. 868-871.

³¹ D. MAFFEI, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, Milano 1956.

³² R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, *passim*.

³³ Sul problema delle gerarchie disciplinari in età umanistica cfr. D. LUONGO, *Consensus gentium*, vol. I, cit., pp. 27-107.

criticare il bartolismo, riconoscendo la positività del suo apporto alla scienza giuridica), operò, su punti qualificanti, una netta discontinuità rispetto alle concezioni medievali. Tale fu, come si è visto, la visione del rapporto fra potere legislativo e giurisdizionale³⁴.

Ciò non toglie che la *iurisdictio* globale, peraltro già criticata da Niccolò da Cusa, continuasse a condizionare la *forma mentis* dei giuristi nei secoli a venire. In fondo, la sua sopravvivenza rifletteva la perdurante centralità degli apparati giurisdizionali nelle dinamiche del potere.

Il dibattito sullo Stato ha assunto un'importanza centrale nella storiografia a partire dagli anni Sessanta del Novecento. In realtà, già la storiografia dei decenni precedenti si era mostrata tutt'altro che disattenta agli aspetti pubblicistici. Basti pensare agli studi di Francesco Calasso sulle teorie politiche dei glossatori e di Sergio Mochi Onory sul contributo della canonistica alla genesi dell'idea moderna di Stato, ma anche alle ricerche di Enrico Besta, di Francesco Ercole e di Giovanni De Vergottini³⁵. Nel 1966 Ennio Cortese pubblicava un'importante monografia sul problema della sovranità nel pensiero dei glossatori. Ma era mancata fino a quel momento un tentativo di offrire una ricostruzione complessiva della vicenda dello Stato moderno³⁶. Compito a cui attese Guido Astuti nel 1967 col suo corso sulla formazione dello Stato moderno in Italia³⁷.

Astuti, fin dalla sua prima monografia del 1937 su Alberico Gentili, si era mostrato un intransigente difensore della tradizione giuridica. Perciò, aveva valorizzato l'opera del giurista di San Ginesio non solo per aver difeso l'autonomia del sapere giuridico, ma anche per aver

³⁴ Su questi aspetti dell'opera di Alciato ivi, pp. 107-134.

³⁵ Cfr. F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano 1957³; S. MOCHI ONORY, *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello Stato (Imperium spirituale – iurisdictio divisa – sovranità)*, Milano 1951; E. BESTA, *Il diritto pubblico italiano dagli inizi del secolo decimoprimo alla seconda metà del secolo decimoquinto*, Padova 1929; F. ERCOLE, *Da Bartolo all'Althusio. Saggi sulla storia del pensiero giuridico pubblico del Rinascimento italiano*, Firenze 1932; G. DE VERGOTTINI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Il diritto pubblico italiano nei secoli XII-XV*, vol. I, Milano 1960³ – vol. II, Milano 1959³.

³⁶ E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma 1966.

³⁷ G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno in Italia*, Torino 1967.

sostenuto senza esitazioni il carattere non meramente dichiarativo dell'interpretazione³⁸.

Nel corso del 1967 lo storico torinese valorizzava quello che oggi si suole chiamare 'costituzionalismo medievale', cioè il complesso di teorizzazioni dei limiti del potere che la scienza giuridica aveva elaborato nel corso del Medioevo (dal binomio *honestas/necessitas* a quello *vis coactiva/vis directiva legis* alla dottrina della tirannide). Per Astuti il retaggio di quella tradizione era stato l'unico, anche se alla lunga tutt'altro che efficace, antidoto alla deriva del potere dei principi verso forme sempre più accentuate di dispotismo.

Di qui l'esaltazione della dottrina della sovranità popolare esposta nel *De principatu* da Mario Salamonio, che, come Astuti teneva a sottolineare, era stato appieno un giurista³⁹. Per converso, le dottrine giusnaturalistiche, lungi dal porre solidi argini al potere dei principi, non avevano fatto che dare man forte all'assolutismo⁴⁰.

Sostanzialmente negativo era il giudizio di Astuti sull'Illuminismo e sul contributo dato dal movimento illuministico ai processi riformatori del XVIII secolo. Da storico attento qual era, Astuti attenuava quel giudizio nel trattare di un autore come Montesquieu, al quale certamente non si addicevano le censure di astrattezza e di antistoricismo da lui rivolte in generale al movimento illuministico⁴¹.

Ma lo storico torinese esprimeva soprattutto un forte apprezzamento per il Neoumanesimo, anche se faceva riferimento alle posizioni di Giuseppe Aurelio Di Gennaro piuttosto che, come ci si sarebbe aspettato, a quelle di Francesco Rapolla⁴². Il movimento neoumanistico riteneva che fosse endogiurisprudenziale, non legislativa, la via di uscita dai guasti dell'ordinamento: e questo era del tutto congeniale all'apprezzamento di Astuti per la giurisprudenza.

Coerentemente, lo storico torinese aveva parole di lode anche per Domat e Pothier, che, come egli sottolineava, non avevano perso di vista il saldo asse romanistico che costituiva l'architrave della

³⁸ G. ASTUTI, *Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi "De iuris interpretibus" di Alberico Gentili*, Bologna 1937, p. 152.

³⁹ G. ASTUTI, *La formazione*, cit., pp. 165-179.

⁴⁰ Ivi, p. 180.

⁴¹ Ivi, pp. 202-207.

⁴² Ivi, p. 384.

tradizione giuridica⁴³. Né mancavano apprezzamenti per quegli esponenti della cultura giuridica meridionale della seconda metà del Settecento (Carmine Fimiani, Marino Guarani, Nicola Valletta) che, pur animati da un'indubbia sensibilità riformatrice, si erano tenuti a distanza dalla radicale demolizione della tradizione giuridica di cui erano stati fautori illuministi come Melchiorre Delfico⁴⁴.

Deleterio erano stati per Astuti gli effetti dell'alleanza fra principi e illuministi. Il cosiddetto dispotismo illuminato non aveva fatto altro che conculcare quel complesso di libertà che affondavano le loro radici nel pluralismo medievale, di cui la giurisprudenza costituiva una solida garanzia⁴⁵. Nella sua valutazione negativa dello Stato di polizia Astuti si rifaceva, fra l'altro, alle posizioni di Emilio Bussi, il quale tuttavia, nel 1973, nella terza edizione della sua *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, rivedendo esplicitamente le posizioni espresse in precedenza, avrebbe fortemente rivalutato il sistema di garanzie operante nelle esperienze tedesche del dispotismo illuminato⁴⁶. Ad esempio, rifacendosi a una sua monografia del 1935⁴⁷ che, in contrasto con le posizioni calassiane, aveva esplicitamente sostenuto il carattere giurisprudenziale del diritto comune, dando occasione a un'aspra stroncatura dello storico pugliese⁴⁸, Bussi avrebbe sostenuto che, negli assetti istituzionali degli Stati di polizia settecenteschi, la giurisprudenza aveva continuato a svolgere un'essenziale funzione garantista. In una voce enciclopedica del 1973 lo stesso Astuti si sarebbe poi astenuto dal ripetere le critiche in precedenza rivolte allo Stato di polizia⁴⁹.

Invece, una costante delle posizioni dello storico torinese fu la sua polemica intransigente contro il legicentrismo illuministico. Egli non

⁴³ Ivi, p. 386.

⁴⁴ Ivi, p. 384.

⁴⁵ Ivi, pp. 294-295.

⁴⁶ E. BUSSI, *Evoluzione storica dei tipi di Stato*. Ristampa della terza edizione, Milano 2002.

⁴⁷ E. BUSSI, *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano 1935.

⁴⁸ F. CALASSO, Recensione a E. BUSSI. *Intorno al concetto di diritto comune*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 1936, pp. 328-332.

⁴⁹ G. ASTUTI, *Legge (diritto intermedio)*, in IDEM, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli 1984, vol. III, pp. 2082-2083.

esitò a parlare di «sciocchezze» dei giusnaturalisti e degli illuministi⁵⁰. La totale ignoranza del diritto da parte di questi ultimi non avrebbe potuto non avere conseguenze sulle realizzazioni pratiche che seguirono alle loro teorizzazioni. Astuti vedeva nei progetti Cambacérès, e in particolare nel secondo, terminato nel settembre 1794, una dimostrazione esemplare delle aberrazioni a cui conduceva l'astrattezza dei dogmi illuministici. Il rifiuto della tecnica giuridica non avrebbe potuto che mettere capo a un testo legislativo destinato, qualora fosse stato emanato, a non avere alcuna incidenza sulla vita pratica. Dopo quell'infatuazione ideologica fu perciò necessario ritornare alla tecnica giuridica avvalendosi del contributo di quella dottrina, espressa in primo luogo da Domat e da Pothier, che si era mantenuta saldamente nel solco della tradizione romanistica⁵¹.

Insomma, nella storiografia di Astuti vi era un forte apprezzamento per il ruolo creativo svolto dalla giurisprudenza negli assetti di potere d'Antico Regime. Al pari degli esponenti della scienza giuridica d'*Ancien Régime*, lo storico torinese riteneva che i giuristi fossero del tutto legittimati a esprimere le istanze della base sociale. Al riguardo, egli vedeva una sostanziale continuità fra le posizioni di un Coquille e quelle di un Savigny⁵². Non tenendo tuttavia conto del fatto che, mentre per il secondo erano i giuristi a interpretare il *Volksgeist*, il *consensus populi* a cui si rifaceva il primo era quello espresso attraverso le rappresentanze cetuali. Ché anzi quella valorizzazione del consenso del popolo si era accompagnata, nello studioso francese, a un aperto apprezzamento per le giurisdizioni signorili e a un'aspra polemica contro la pretesa della scienza giuridica italiana di esercitare un «pouvoir public», cioè di svolgere un ruolo autenticamente politico⁵³.

Con la fine dell'Antico Regime, secondo Astuti, la demolizione della funzione creativa della giurisprudenza aveva messo capo a un impoverimento della vita giuridica, mentre il legicentrismo illuministico aveva creato le premesse di una crescente inflazione

⁵⁰ G. ASTUTI, *La nozione di legge nell'esperienza storico-giuridica*, in IDEM, *Tradizione*, cit., vol. I, pp. 566-567.

⁵¹ G. ASTUTI, *La codificazione del diritto civile*, in IDEM, *Tradizione*, cit. vol. II, pp. 818-825.

⁵² G. ASTUTI, *La nozione*, cit., pp. 563-569.

⁵³ Sulle posizioni di Coquille cfr. D. LUONGO, *Consensus gentium*, cit., vol. I, pp. 296-297.

legislativa. Lo studioso non mancava di denunciare infatti i guasti prodotti nella vita giuridica dall'elefantiasi legislativa e dal progressivo scadimento della qualità del materiale normativo⁵⁴.

Invece, secondo Astuti, gli assetti giurisprudenziali d'Antico Regime erano stati in grado di garantire una perfetta legalità⁵⁵. Potrebbe sembrare contraddittorio quell'accostamento di legalità e giurisprudenzialità. In realtà, neanche Astuti, pur ponendo l'accento sul ruolo svolto dalla giurisprudenza nel porre un argine al dispotismo dei principi, giungeva a definire in maniera esplicita quello d'Antico Regime come uno Stato giurisdizionale. A quel risultato sarebbe pervenuta solo la storiografia successiva.

Quanto alla prospettiva interdisciplinare, la difesa dello specifico giuridico portava certo lo storico torinese a sottolineare l'autonomia della storiografia giuridica da quella politica. Ma, oltre al fatto che per lungo tempo *La formazione dello Stato moderno in Italia* fu l'unica ricostruzione complessiva della vicenda statuale compiuta da uno storico del diritto italiano, per cui essa costituì un riferimento imprescindibile per gli storici generali e per gli storici delle istituzioni politiche, bisogna tenere conto del fatto che le tematiche da essa affrontate, lungi dal rimanere confinate in un terreno angustamente specialistico, riguardavano questioni di decisiva importanza. Nelle prese di posizione di Astuti era insita una valutazione complessiva degli approdi della modernità giuridica ed erano palesemente contenute indicazioni prospettiche relative all'attualità.

Le posizioni di Astuti furono assunte da Raffaele Ajello a emblema dei pregiudizi antilluministici largamente presenti nella storiografia, non solo giuridica, italiana⁵⁶. Ampiamente diffusa era l'equazione fra Illuminismo e antistoricismo. Nel caso di Astuti, come si è visto, l'ostilità nei confronti dell'Illuminismo aveva messo capo a una valutazione radicalmente negativa delle esperienze riassumibili nella formula del dispotismo illuminato. Il difetto di quella critica – notava

⁵⁴ G. ASTUTI, *La formazione*, cit., pp. 24-25.

⁵⁵ G. ASTUTI, *La nozione*, cit., pp. 563-569.

⁵⁶ R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, pp. 283-284.

Ajello – consisteva nell'assimilare arbitrariamente esperienze di governo molto diverse⁵⁷.

In realtà, la storiografia di Ajello aveva mostrato fin dagli esordi di porsi su una linea radicalmente divergente da quella di Astuti. Già nella prima monografia del 1961 l'analisi delle giurisdizioni regie, feudali ed ecclesiastiche operanti nella prima metà del Settecento a Napoli era stata condotta da Ajello sulla base di una strettissima connessione fra storia politica e storia giuridica⁵⁸. La necessità di superare gli angusti confini disciplinari che derivavano da un'anacronistica difesa dello specifico giuridico veniva esplicitata dallo storico napoletano nella monografia del 1965 sul Preilluminismo giuridico. In polemica con orientamenti saldamente radicati nella disciplina, Ajello ironizzava sulla sottovalutazione della portata storico-giuridica dell'opera giannoniana, dovuta al fatto che l'autore dell'*Istoria civile* non aveva scritto alcun trattato sull'usufrutto o sulla dote⁵⁹.

Il precedente giannoniano avrebbe costituito un punto di riferimento costante per Ajello. In un'amplessima recensione all'edizione delle *Opere* di Giannone pubblicata nel 1971 a cura di Sergio Bertelli e di Giuseppe Ricuperati, egli avrebbe considerato ben più rilevante della polemica condotta contro i singoli abusi ecclesiastici la demolizione che l'autore dell'*Istoria civile* aveva compiuto dell'ideologia dell'*utrumque ius*. Quella visione sincretica, piuttosto che sintetica, era ricondotta da Giannone ai poteri, civile ed ecclesiastico, di cui gli antinomici materiali normativi da cui il diritto comune era composto (diritto civile e canonico) erano espressione⁶⁰.

Se, come si è visto, fin dall'inizio, nella storiografia di Ajello, si rivelò strettissimo l'intreccio fra storiografia politica e giuridica, non minore interesse lo storico napoletano mostrò per aspetti in generale ritenuti di pertinenza della filosofia del diritto. Tale è il tema del

⁵⁷ Ivi, pp. 284-285.

⁵⁸ R. AJELLO, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel Regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, vol. I, *La vita giudiziaria*, Napoli 1961.

⁵⁹ R. AJELLO, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel Regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, vol. II, *Il Preilluminismo giuridico*, Napoli 1965, pp. 115-116.

⁶⁰ R. AJELLO, *Arcana juris*, cit., pp. 227-272.

formalismo giuridico. In un importante contributo pubblicato, nel 1972, nel primo numero dei *Quaderni fiorentini* e poi ripubblicato in *Arcana juris*, egli offrì un'innovativa visione di quel fenomeno. Il formalismo, secondo Ajello, aveva salde radici già nella *scientia juris* d'Antico Regime. Pertanto esso non era nato con Kant, che anzi, muovendosi nella scia della critica illuministica e offrendo una definizione operativa del diritto, aveva contribuito alla demolizione di quel formalismo d'*Ancien Régime* che, collocando il diritto su una sorta di Olimpo, aveva finito per isolarlo dalla prassi. Quel formalismo muoveva da una visione pangiuridica della realtà. L'esatto opposto del formalismo della scienza giuridica post-kantiana, che invece muoveva da una difesa intransigente dello specifico giuridico⁶¹.

Il formalismo, che avrebbe dato il titolo a un volume del 1990, sarebbe stato negli anni a venire oggetto di ulteriori approfondimenti da parte di Ajello. Lo studioso napoletano avrebbe chiarito il nesso che, nella scienza giuridica d'Antico Regime, legava formalismo e iperpragmatismo. L'iperpragmatismo era una conseguenza dell'ontologismo giuridico. Quanto più la *scientia juris*, per coltivare i suoi astratti teoremi, rinunciava al contatto con la prassi, tanto più le inderogabili esigenze di regolazione positiva erano soddisfatte da una letteratura pratica che nasceva incolta e disorganica. Ne derivava la fondamentale indicazione che un sano rapporto fra teoria e prassi, in cui la prima funga da guida della seconda, è indispensabile per assicurare un corretto funzionamento del sistema giuridico.

In un altro contributo, dedicato nel 1973 all'Illuminismo come rivolta contro il formalismo e poi anch'esso confluito in *Arcana juris*, Ajello valorizzava la polemica illuministica contro gli *arcana juris*⁶². La stessa critica marxista dell'uguaglianza propugnata dagli illuministi in quanto *formalis tantum* – notava Ajello – aveva avuto la propria premessa nella critica illuministica della legalità che pretendevano di assicurare i sistemi giuridici d'Antico Regime in quanto anch'essa *formalis tantum*. E se Marx ed Engels, nell'*Ideologia tedesca*, avevano visto un segno progressivo nel superamento, realizzato dalla società borghese, della mascheratura patriarcale che avvolgeva il potere nella società feudale, per Ajello quella mascheratura, nell'Antico Regime,

⁶¹ Ivi, pp. 109-146. Cfr. anche ivi, pp. 8-16.

⁶² Ivi, pp. 273-358.

era innanzitutto giuridica. I giuristi, infatti, si attribuivano ispirazioni sacerdotali. Era appellandosi agli *arcana juris* che essi difendevano l'insindacabilità del loro potere e rifiutavano di motivare le sentenze.

In un contributo del 1968, confluito in *Arcana juris* e dedicato al tentativo di codificazione avviato a Napoli all'inizio del Regno indipendente, Ajello compiva poi una prima organica ricognizione del tema del *consensus gentium*⁶³: tema a cui aveva già accennato nel volume sul Preilluminismo. Il problema della legittimazione dell'*Ordo juris* costituì, negli assetti giuridico-istituzionali d'Antico Regime, una questione di cruciale importanza. Già nello scritto del '68 lo studioso napoletano mostrava come, agli albori della modernità, il dato comparatistico-effettuale dell'applicazione del diritto romano da parte dei popoli colti in un larghissimo arco cronologico fosse servito a ricomporre la frattura prodotta dalla crisi della religiosità medievale. Quel canone di legittimazione aveva subito poi energici colpi di maglio da parte del pensiero della Rivoluzione scientifica, che, spezzando il circolo vizioso fra essere e dover essere, aveva posto in discussione la possibilità di elevare a valore il dato comparatistico-effettuale del *consensus*. Ma il riferimento al consenso era sopravvissuto alle critiche del pensiero della Rivoluzione scientifica. La legittimazione dell'*Ordo juris* su base romanistica serviva infatti ai giuristi per elidere o condizionare la *voluntas principis* espressa attraverso la legge e imporre il primato della loro mediazione. Il consenso si rivelava pertanto una componente decisiva dell'ideologia giuridica, ossia di quel complesso di razionalizzazioni teoriche elaborate dai giuristi per legittimare il proprio potere. Non era un caso che Ajello ritornasse su quel tema in numerosi scritti successivi, dedicandovi un intero capitolo del volume del '90 sul formalismo⁶⁴ e spunti notevoli in un importante saggio del 1985 su continuità e trasformazione dei valori giuridici⁶⁵.

Si trattava di uno scritto che denotava un significativo impegno teorico. Ajello si interrogava sulla funzione della storiografia giuridica

⁶³ Ivi, pp. 73-88.

⁶⁴ R. AJELLO, *Formalismo medievale e moderno*, Napoli 1990, pp. 1-36.

⁶⁵ R. AJELLO, *Continuità e trasformazione dei valori giuridici: dal probabilismo al problematicismo*, in *Storia e diritto*, vol. I, Napoli 1986, pp. 385-404.

alla luce delle acquisizioni della moderna epistemologia. Questa aveva mostrato come i progressi scientifici fossero assicurati non dall'accumulo seriale dei dati, ma dalle svolte intervenute nel modo di concepire la realtà. Funzione della storiografia giuridica era allora quella di evidenziare le discontinuità intervenute nella storia dell'esperienza giuridica⁶⁶. Tema trattato da Ajello già nel suo scritto sul formalismo, dove, rifacendosi a Orestano, aveva sottolineato come il fatto che l'esperienza giuridica aveva ruotato per secoli attorno al *Corpus Juris* avesse indotto a vedere sotto il segno della continuità una vicenda, quella del diritto moderno, ben più articolata e complessa⁶⁷.

Una fondamentale discontinuità era senz'altro quella che le scienze giuridiche e sociali avevano conosciuto a seguito della Rivoluzione scientifica. Perciò, secondo Ajello, era un errore assimilare il probabilismo modeno a quello medievale. Il secondo era un probabilismo statico o apodittico, il primo un probabilismo dinamico o problematicismo⁶⁸. Nell'affrontare quel tema la prospettiva teoretica era strettamente intrecciata a quella storiografica. Si trattava di vedere quale impiego la scienza giuridica medievale avesse fatto del probabilismo. La lunga disamina dedicata da Ajello alla distinzione aristotelica fra scienza e dialettica era perciò finalizzata a illustrare l'uso 'politico' che la *scientia juris* aveva fatto di quello strumentario logico.

In realtà, il probabilismo statico era funzionale alle strategie di inserimento politico dei giuristi. Per realizzare quelle strategie essi avevano bisogno di muoversi sia sul piano del probabile sia su quello dei valori statici e apodittici. Il probabile serviva a conferire flessibilità al discorso giurisprudenziale perché potesse adattarsi alle molteplici pieghe della realtà. Il riferimento al piano dei valori statici e apodittici serviva ad accreditare la *scientia juris* come sapere oggettivo, *super partes*, espressione di strutture ontologiche, e, in tal modo, a conferire ai suoi operatori il prestigio necessario per rendere credibile il loro ruolo di mediazione sociale e politica.

⁶⁶ Ivi, pp. 357-376.

⁶⁷ R. AJELLO, *Arcana juris*, cit., pp. 132-133.

⁶⁸ R. AJELLO, *Continuità*, cit., pp. 376-385.

Ajello tornerà più tardi sui fondamenti aristotelici del probabilismo nel trattare della *communis opinio doctorum*⁶⁹. Tema che era stato oggetto di acute considerazioni da parte del filosofo del diritto Luigi Lombardi nel *Saggio sul diritto giurisprudenziale*⁷⁰. Opera che costituisce uno dei più significativi apporti alla storiografia giuridica da parte di uno studioso che non è propriamente uno storico del diritto: davvero un mirabile esempio di interdisciplinarietà. Brillanti le notazioni dedicate da Lombardi alla centralità rivestita ancora in Età moderna dalla *communis opinio*: questa, a suo avviso, era espressione di un pensiero tipicamente cattolico, non tanto nel senso del centralismo papale quanto del tradizionalismo dottrinale⁷¹.

Ma di grande interesse erano le considerazioni dedicate, in generale, dal filosofo del diritto al fenomeno dello *ius commune*, che egli, in polemica con esponenti importanti della storiografia giuridica italiana, a cominciare da Calasso, riteneva senz'altro giurisprudenziale. Infatti, erano stati opera della dottrina giuridica sia l'adattamento dei testi romanistici alle mutate esigenze dei tempi sia l'elaborazione dei criteri di coordinazione gerarchica delle fonti. Ma, in primo luogo, la dottrina giuridica era stata alla base dello stesso momento genetico dello *ius commune*: questo, infatti, era nato ad opera dei giuristi⁷². Ajello ha espresso in più di un'occasione il suo consenso rispetto alle posizioni di Lombardi: la tesi della giurisprudenzialità del diritto comune lo trova senz'altro concorde⁷³.

Dalla pratica storiografica dello studioso napoletano deriva un insegnamento fondamentale: le fonti giuridiche, al di là della cortecchia tecnica, esprimono le strategie politiche dei giuristi e vanno utilizzate per far emergere quel dato. In tutte le più importanti società d'Antico Regime, infatti, i giuristi svolsero un essenziale compito di mediazione. In contesti nei quali la credibilità delle posizioni ontologiche non era stata ancora incrinata dal tarlo del pensiero

⁶⁹ R. AJELLO, *L'esperienza critica del diritto. Lineamenti storici*, vol. I, *Le radici medievali dell'attualità*, Napoli 1999, pp. 408-412.

⁷⁰ L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, pp. 123 e 164-183.

⁷¹ Ivi, p. 173.

⁷² Ivi, pp. 79-109 e 183-199.

⁷³ R. AJELLO, *Arcana juris*, cit., pp. 120, 280 e 345; IDEM, *L'esperienza*, cit., p. 410.

critico era facile che fossero ritenute oggettive le elaborazioni giurisprudenziali, ossia le costruzioni di una scienza che, dichiarando di rifiutare la contaminazione della prassi, si proclamava *super partes*. Di qui la *concordia discors* che, negli Stati moderni, caratterizzò i rapporti fra principi e giuristi: se questi, a causa della loro vocazione corporativa, non sempre erano fedeli esecutori della direttiva politica sovrana, anzi tendevano a ritagliarsi margini amplissimi di autonomia, erano tuttavia funzionali all'obiettivo dei principi di ridimensionare il particolarismo cetuale (feudale ed ecclesiastico). Nelle società d'Antico Regime erano infatti rare le prove esplicite di forza: gli equilibri sociali e politici erano frutto di processi gradualisti di adattamento e di ridislocazione dei poteri. Per guidarli si rivelava preziosa una scienza, quella giuridica, che, in quanto pensata come oggettiva, era utile a coonestare le decisioni politiche.

Emblematica la materia del giurisdizionalismo. Talvolta le magistrature non esitavano ad adottare drastiche misure *adversus praelatos turbantes Regiam Jurisdictionem* (sequestro dei beni, incarcerazione dei congiunti, espulsione). Misure che tuttavia erano qualificate 'rimedi economici', non comportanti un vero e proprio esercizio di *iurisdictio*. Con una certa dose di ipocrisia i magistrati giustificavano il ricorso a quelle misure dicendo che, attraverso il loro impiego, il sovrano si comportava nei confronti degli ecclesiastici come un buon padre di famiglia. Ma il più delle volte, evitando il ricorso alla forza, le controversie giurisdizionali si risolvevano in estenuanti schermaglie giuridiche. Fra gli espedienti maggiormente utilizzati vi era il richiamo ai precedenti. Infatti, secondo il circolo vizioso della fallacia naturalistica, ciò che aveva salde radici nella tradizione era di per sé giusto. Solo nella tempesta della 'crisi della coscienza europea' gli anticurialisti avevano affiancato a quelli tradizionali altri argomenti che attenevano a una visione del bene comune non più declinata in termini esclusivamente retorici e, sia pure in maniera talvolta cauta e contraddittoria, avevano fatto proprie le suggestioni della tolleranza. Ma neanche i giurisdizionalisti di cultura 'moderna' avevano rinunciato al tradizionale armamentario tecnico imperniato sui precedenti⁷⁴.

⁷⁴ Indicazioni sui dispositivi argomentativi adoperati dai giurisdizionalisti sono in D. LUONGO, *Serafino Biscardi. Mediazione ministeriale e ideologia*

Sulla funzione svolta dalle magistrature nell'Antico Regime è stato fitto, negli ultimi anni, il dialogo con saperi diversi da quello storico-giuridico. Si pensi alle ricerche di un comparatista come Gino Gorla sul ruolo di unificazione all'interno dello Stato e di uniformazione del diritto fra Stati svolto dai grandi tribunali⁷⁵. Italo Birocchi ha opportunamente messo in luce come sia improprio parlare di un ruolo istituzionale di unificazione svolto dalle corti d'Antico Regime⁷⁶. Tuttavia, al comparatista non faceva difetto la consapevolezza che i magistrati operanti nelle grandi corti, prima ancora che 'funzionari' dei loro principi, si sentivano dottori di diritto comune: era da quella scienza che essi traevano il proprio prestigio e la possibilità di esercitare un'influenza decisiva sugli assetti istituzionali. E fu sempre Gorla a mettere in luce come la stessa *vis legis* del precedente giudiziario, lungi dall'essere stata prevista da disposizioni legislative, fosse stata costruita dai magistrati-dottori sulla base dei consueti espedienti ermeneutici consistenti nel dilatare in maniera esorbitante il dettato delle fonti romanistiche. E se un testo legislativo come le *Costituzioni piemontesi*, nelle edizioni del 1729 e del 1770, contemplò la giurisprudenza dei tribunali tra le fonti da applicare in via sussidiaria, si trattò di una disposizione che, essendo limitata ai tribunali dello Stato sabaudo, chiudeva le porte a quell'uniformazione del diritto fra Stati che era componente essenziale del fenomeno dei grandi tribunali. Quel provvedimento, fra l'altro, dava la stura a una tendenza risalente, giacché già in precedenza i tribunali sabaudi erano stati fra i più refrattari a uniformarsi alla giurisprudenza degli altri Stati.

La rilevanza del ruolo politico dei grandi tribunali mostrava di essere stata colta, già negli anni Sessanta e Settanta del Novecento, dalla migliore storiografia politica. Si pensi alle ricerche di Furio Diaz

economica, Napoli 1993; IDEM, *Vis jurisprudentiae. Teoria e prassi della moderazione giuridica in Gaetano Argento*, Napoli 2001; IDEM, *Il giurisdizionalismo dei moderni. Polemiche anticurialistiche nella Napoli del Preilluminismo*, Torino 2018.

⁷⁵ Gli scritti dello studioso sulla giurisprudenza dei grandi tribunali sono confluiti in G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981.

⁷⁶ I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica dell'Età moderna*, Torino 2002, pp. 86-88.

e di Paolo Alatri sui Parlamenti francesi⁷⁷. Chiara appariva già allora la portata politica di quel potere di interinazione che pure, formalmente, era diretto ad accertare la mera legittimità degli editti sovrani. Di esso i Parlamenti francesi si avvalevano continuamente per imporre il proprio protagonismo politico. In maniera del tutto coerente, nel Settecento, essi avanzarono, nel loro insieme, la pretesa di essere considerati un unico corpo rappresentativo della nazione.

Nel descrivere gli assetti di potere d'Antico Regime può ritenersi un dato ormai acquisito il superamento della visione, a lungo dominante nella storiografia, per la quale, nell'Età moderna, il potere dei principi aveva una presa diretta sulla società. È venuta maturando la consapevolezza che l'assolutismo costituiva una struttura complessa, irriducibile a una piramide burocratica. Importanti puntualizzazioni si leggono al riguardo in uno scritto di Maurizio Fioravanti del 2002⁷⁸. Lo studioso poneva l'accento sul carattere fondamentalmente consociativo degli assetti di potere consolidatisi tra la fine del Medioevo e gli inizi dell'Età moderna. A partire dal XIV secolo – precisava Fioravanti – non era improprio parlare dell'esistenza di Stati, ossia di organizzazioni territoriali al cui vertice era posto un signore che esercitava una significativa potestà di *imperium*. Ma il diritto, lungi dall'essere univocamente riconducibile alla volontà del vertice politico, era *ius inventum*. Compito prioritario del principe era pertanto quello di effettuare una mediazione fra gli assetti giuridico-organizzativi operanti nell'ambito del territorio. Lo Stato stesso si configurava come una consociazione di corpi e l'individuo era vincolato a una duplice lealtà: nei confronti del vertice politico e del corpo di cui faceva parte.

L'assetto corporativo della società non era venuto meno, nel XVI secolo, con la nascita dell'assolutismo. Infatti, per Bodin il potere sovrano si esercitava sulle famiglie, non sugli individui. L'assolutismo comportò una ridislocazione del potere a livello del vertice politico, ma non un superamento della società corporata. Del pari, sul piano giuridico, i principi presero ad avvalersi dello strumento

⁷⁷ F. DIAZ, *Filosofia e politica nel Settecento francese*, Torino 1962; ALATRI, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del Settecento*, Bari 1977.

⁷⁸ M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in IDEM (a cura di), *Lo Stato*, cit., pp. 1-36.

dell'abrogazione, ma senza mai nutrire la pretesa di monopolizzare la produzione del diritto. Fioravanti citava come esempio le *Ordonnances* di Luigi XIV, che contenevano clausole di abrogazione relative alle materie con esse confliggenti, ma ammettevano di essere integrate da altre fonti.

Solo l'alleanza fra assolutismo e giusnaturalismo consentì di prefigurare il superamento della società corporata. Al riguardo, Fioravanti richiamava Hobbes, di cui metteva in evidenza le affinità con Bodin (ad esempio la contrarietà allo Stato misto), ma nel contempo le rilevanti differenze: mentre la visione del giurista francese era interna alla logica della società corporata, quella del filosofo inglese era già pienamente individualistica.

Lo Stato di ceti del tardo Medioevo e lo Stato ceto-assolutistico dell'Età moderna ebbero in comune il fondamentale dato di continuità rappresentato dalla persistenza della società corporata. A quell'assetto consociativo era congeniale, come modalità di esercizio del potere, la giurisdizione. Una forma di esercizio del potere tesa a preservare equilibri piuttosto che a innovare. Fioravanti concludeva che solo lo Stato liberale nato dal crollo dell'Antico Regime aveva segnato il superamento dello Stato giurisdizionale. Che invece riviveva nello Stato costituzionale del Novecento, caratterizzato da un'eclissi della sovranità e da un ritorno al pluralismo.

Il discorso di Fioravanti tirava le fila di una riflessione ultradecennale che aveva investito, nella storiografia giuridica, il piano della ricognizione teorica e l'analisi fattuale dei meccanismi di funzionamento degli apparati. La modellistica traduceva la ormai acquisita consapevolezza della centralità della giurisdizione negli assetti di potere d'Antico Regime⁷⁹.

Strettamente intrecciata alla ricerca di Fioravanti era quella di Luca Mannori e di Bernardo Sordi sulle vicende dell'amministrazione, tradottasi nel 2001 in un compatto volume che non era solo una storia del diritto amministrativo, ma anche una storia delle istituzioni politiche *tout court*. L'esordio su parola e cosa prendeva di petto il problema della tardiva emersione del lemma 'amministrazione'. Come spiegare il fatto che il termine era impiegato da non più di duecento

⁷⁹ L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2001, pp. 5-16.

anni se l'amministrazione era stata in ogni epoca la struttura portante degli assetti di potere? In realtà, come mettevano in luce gli autori, la visione secondo cui quella amministrativa costituiva la modalità 'normale' di esercizio del potere era stata elaborata dai teorici dell'Ottocento. L'emersione della centralità del potere amministrativo li aveva portati a proiettare come un cono d'ombra sul passato quella che era un'innovazione legata al superamento della società corporata d'Antico Regime.

Secondo gli autori durante l'Età moderna gli interessi materialmente amministrativi erano stati gestiti attraverso modalità essenzialmente giurisdizionali. Anche Mannori e Sordi facevano perciò propria senz'altro la nozione di Stato giurisdizionale. A dimostrazione della lunga durata della *iurisdictio* globale di ascendenza medievale mostravano come persino l'editto di Saint Germain del 1641 avesse esclusivamente inibito ai Parlamenti di varcare le soglie del *gubernaculum*, ossia dell'alta politica, ma non avesse comportato una netta demarcazione tra sfera legislativa e sfera giurisdizionale.

Lo stesso 'sdoppiamento degli apparati', che in Francia aveva visto affiancare gli intendenti ai tradizionali apparati giurisdizionali aventi la propria roccaforte nei Parlamenti, non aveva segnato la nascita di un'amministrazione distinta dalla giurisdizione. Gli intendenti erano competenti in materia non solo di polizia e di finanze, ma anche giurisdizionale. Inoltre, erano tratti dallo stesso *milieu* da cui provenivano gli esponenti delle magistrature tradizionali⁸⁰.

Come puntualizzavano Mannori e Sordi, lo Stato giurisdizionale, lungi dall'essere una realtà statica, aveva conosciuto significative dinamiche evolutive. Ad esempio, le elaborazioni in materia di polizia avevano segnato un progressivo attenuarsi di quella logica meramente giustiziale che concepiva l'esercizio del potere come semplice ricerca di un equilibrio tra le forze sociali. L'estensione dei compiti della polizia (emblematico il confronto fra Loyseau e Delamare) aveva segnato un progressivo slittamento verso una proiezione progettuale dei pubblici poteri. Tuttavia, nemmeno la teoria e la prassi dello Stato di polizia avevano comportato il superamento dello Stato

⁸⁰ Ivi, pp. 36-127.

giurisdizionale, come mostravano i regolamenti prussiani di competenza del 1749 e del 1797⁸¹.

Solo il crollo dell'Antico Regime aveva creato le premesse della nascita dello 'Stato a pubblica amministrazione'. Da un lato infatti, all'indomani della Rivoluzione francese, era stata 'neutralizzata', ossia privata di valenze politiche, la funzione giurisdizionale, dall'altro era venuto meno quell'assetto corporativo che consentiva il soddisfacimento di alcuni bisogni sociali attraverso i dispositivi dell'autoamministrazione. Dalla fine delle antiche appartenenze corporative era nata una società di individui bisognosa di una solida struttura statale che provvedesse al soddisfacimento dei suoi bisogni. Era stata la rivincita dell'eteroamministrazione. Quell'eteroamministrazione che nell'Antico Regime non aveva potuto mai imporsi perché i compiti materialmente amministrativi erano stati soddisfatti attraverso le autonomie dei corpi e, a livello statale, attraverso modalità di esercizio del potere essenzialmente giurisdizionali⁸².

3. Dibattiti sulla codificazione

Nel 1976 un filosofo del diritto, Giovanni Tarello, pubblicava il I volume della sua *Storia della cultura giuridica moderna*. Nel titolo si faceva riferimento all'assolutismo e alla genesi dei codici. L'intento era di collocare le vicende relative al processo di codificazione sullo sfondo delle dinamiche politiche del tardo Antico Regime. La codificazione era stata al centro degli interessi della storiografia giuridica fin dalla fine dell'Ottocento, ossia anche in un'epoca in cui, come si è visto, l'attenzione degli storici del diritto era stata prevalentemente rivolta all'Alto Medioevo. Negli anni Venti del secolo successivo Mario Viora, a conclusione di una solida ricerca sulle *Costituzioni piemontesi*, aveva elaborato un criterio classificatorio imperniato sulla dicotomia consolidazioni/codificazioni, di cui si era servito per descrivere le differenze esistenti fra le sillogi legislative d'Antico Regime e i veri e propri codici. Le prime erano state mere raccolte di materiale normativo preesistente, mentre i codici erano stati caratterizzati dalla

⁸¹ Ivi, pp. 127-181.

⁸² Ivi, pp. 201-221.

novità⁸³. Criterio empirico che lo stesso Viora aveva probabilmente formulato senza pretese di esaustività e che era stato oggetto di critiche fondate da parte della storiografia. Rispetto a quel confronto di posizioni Tarello compiva una netta virata. L'accento cadeva sull'unificazione della soggettività giuridica. Quello dei codici era un diritto a destinatario unico, che presupponeva il superamento dei regimi differenziati per ceti che erano stati propri dell'Antico Regime⁸⁴. Per la verità anche in Viora non mancava un accenno al nesso che legava la codificazione al superamento dei privilegi cetuali d'Antico Regime. Ma nella ricostruzione di Tarello la maggiore o minore approssimazione all'obiettivo dell'unificazione della soggettività giuridica diventava un criterio discrezionale fondamentale per valutare gli esiti del processo di codificazione.

Una parte significativa del volume era dedicata ai movimenti intellettuali del Sei-Settecento che avevano contribuito alla realizzazione dei codici. Tarello distingueva tre filoni. Il primo era quello pufendorfiano-thomasiano. Di impronta volontaristica, tendeva a distinguere foro interno e foro esterno. Specie nella versione thomasiana, quell'indirizzo metteva capo a un'esatta delimitazione della sfera giuridica, costituita dalle sole materie rilevanti dal punto di vista della conservazione della pace esterna. Di qui la proposta di depenalizzazione dei comportamenti anomici dal punto di vista della morale religiosa. Quel filone muoveva verso la secolarizzazione del diritto penale e verso una razionalizzazione dell'impiego dello strumento legislativo calibrata su finalità utilitarie⁸⁵.

Il secondo filone, quello di matrice leibniziana, aveva inciso prevalentemente sul piano della messa a punto delle tecniche della codificazione. La configurazione leibniziana della norma giuridica come una proposizione collegante un predicato a un soggetto mediante una copula andava infatti nel senso del superamento della complessa e farragiosa formulazione fraseologica dei precetti che caratterizzava il diritto d'Antico Regime⁸⁶.

⁸³ M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni*, Torino 1967³.

⁸⁴ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 15-42.

⁸⁵ *Ivi*, pp. 106-132.

⁸⁶ *Ivi*, pp. 133-156.

Quanto al terzo filone, la dicotomia qualità naturali/qualità arbitrarie elaborata da Domat costituiva una prefigurazione del diritto a destinatario unico, mentre l'aver posto Pothier l'accento sui poteri dell'utilista (era questo il vero proprietario della cosa, mentre il direttario non era che il proprietario del diritto) costituiva una prefigurazione del superamento della teorica del dominio diviso⁸⁷. Prefigurazione che, invece, come si è visto, secondo Grossi, era tutt'altro che desumibile dagli scritti di Pothier.

Brillanti considerazioni Tarello dedicava alle premesse politiche e ideologiche del processo di codificazione nei due principali paesi dell'area germanica, la Prussia e l'Austria. In Prussia la linea di tendenza prevalente nei circoli di governo andava nel senso di un superamento del ruolo politico dei ceti, che si accompagnava tuttavia a una conferma della rilevanza delle appartenenze cetuali dal punto di vista del diritto privato. Di qui, secondo Tarello, il fallimento della prima fase del processo di codificazione, affidata al cancelliere Samuel von Cocceji, il cui romanesimo tendeva all'edificazione di un diritto a destinatario unico ed era quindi in contrasto con l'intento dei circoli di governo di conservare le appartenenze cetuali a livello di relazioni interprivate⁸⁸. In Austria, invece, la prima fase del processo di codificazione, che aveva avuto il suo punto di approdo nel mai entrato in vigore *Codex Theresianus*, se da un lato, enucleando una sfera del diritto privato distinta dal diritto penale, feudale e corporativo, era stata espressione di un'indubbia tendenza modernizzante, dall'altro, costruendo i precetti a partire dalle discipline previgenti, fino a risalire talvolta alla pretesa originaria condizione di uniformità dei diritti provinciali, era sembrata distante da un'ispirazione autenticamente riformatrice⁸⁹.

Il confronto fra gli esiti del processo di codificazione in Austria e in Prussia negli anni Novanta del Settecento consentiva poi a Tarello di esemplificare in maniera plastica l'incidenza del particolarismo cetuale sugli esiti dei processi di riforma legislativa. Mentre infatti l'ALR, testo che pure si serviva di una modalità semplificata di formulazione fraseologica dei precetti ispirata allo schema leibniziano soggetto-

⁸⁷ Ivi, pp. 156-189.

⁸⁸ Ivi, pp. 228-245.

⁸⁹ Ivi, pp. 245-256.

copula-predicato, appariva farraginoso e complesso a causa del massiccio riferimento all'appartenenza cetuale dei soggetti come fonte di diritti e di obblighi, più semplice appariva il WGGB, che, meno perfezionato dal punto di vista della formulazione dei precetti, attenuava l'impatto della stratificazione cetuale, limitandosi a disciplinare, sul versante dei beni e non dei soggetti, alcuni istituti, quali il fedecommesso, che dall'appartenenza cetuale dipendevano⁹⁰.

Un posto rilevante nel volume di Tarello occupava quella che egli chiamava e da allora si usa chiamare 'problema penale'. A ragione lo studioso genovese sottolineava che il confronto di posizioni su pena e processo penale aveva costituito il precipitato dei dibattiti sull'irrazionalità dei sistemi giuridici d'Antico Regime. Proporzionalismo, utilitarismo e umanitarismo erano stati le grandi direttrici della riflessione illuministica sul problema penale⁹¹. Ma a Tarello era del tutto estranea una visione univocamente progressiva dello stesso movimento illuministico del quale, peraltro, egli non perdeva occasione per sottolineare il carattere composito. Pertanto, riferendosi a Joseph Butler e a Henry Fielding, non aveva esitazioni a parlare di origini poco illuminate dell'Illuminismo penalistico inglese: le arcigne teorizzazioni di quegli autori mostravano una focalizzazione ossessiva sul problema del disciplinamento dei ceti subalterni⁹².

Un'importante riflessione sul diritto penale era andata sviluppando Mario Sbriccoli fin dalla sua monografia del 1974 sul *crimen laesae maiestatis*⁹³. In quel volume, muovendosi nella scia delle precedenti ricerche sull'*interpretatio* medievale, lo studioso aveva posto l'accento sul rapporto fra politica e diritto: l'elaborazione giurisprudenziale – aveva scritto – parafrasava il discorso politico⁹⁴. Tuttavia, Sbriccoli aveva nel contempo posto l'accento sulla tendenza della dottrina giuridica ad attenuare, talvolta, il rigore repressivo dei vertici politici⁹⁵.

Il rapporto fra dottrina giuridica e logiche del potere fu costantemente presente alla riflessione di Sbriccoli. A logiche

⁹⁰ Ivi, pp. 486-536.

⁹¹ Ivi, pp. 383-392.

⁹² Ivi, pp. 393-397 e 406-413.

⁹³ M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974.

⁹⁴ Ivi, p. 20.

⁹⁵ Ivi, *passim*.

squisitamente politiche era riconducibile, a suo avviso, il passaggio dal penale ‘negoziale’ al penale ‘egemonico’. Quella svolta aveva coinciso infatti con le profonde innovazioni qualitative verificatesi nel processo di strutturazione dei pubblici poteri nel tardo Medioevo. Tuttavia, residui di giustizia negoziale sopravvissero a quella svolta, avendo il proprio terreno di elezione nella fase applicativa della pena⁹⁶. Se infatti (e qui la riflessione di Sbriccoli incrociava quelle di Fioravanti, di Mannori e di Sordi) l’assolutismo non comportò il venir meno della società corporata, i corpi conservarono, anche nel penale, margini consistenti di negoziazione. Non a caso il Codice penale austriaco del 1787, per segnare una netta soluzione di continuità rispetto a quel retaggio medievale, dispose al § 183 del libro I l’imprescrittibilità della pena⁹⁷.

Insomma, l’intera vicenda dei sistemi penali d’Antico Regime appariva caratterizzata dal coesistere di persistenze e di spinte innovative. Spinte spesso fieramente contrastate: è significativo, ad esempio, che i momenti di più intensa affermazione del penale egemonico fossero stati punteggiati da energiche reazioni popolari⁹⁸. Solo il crollo dell’Antico Regime aveva portato peraltro al completo superamento della tolleranza in passato riservata ad alcune forme di ‘illegalismo’ largamente praticate dai ceti subalterni⁹⁹.

La giustizia dello Stato liberale si caratterizzò poi a sua volta per la coesistenza di un duplice livello di penalità: da un lato quello garantista dei codici; dall’altro quello gestito in maniera arbitraria dalle polizie. Anche in riferimento allo Stato liberale Sbriccoli sottolineava il ruolo dialettico svolto, rispetto al potere politico, in favore dell’estensione delle garanzie, dalla dottrina giuridica: in particolare, da quella che, a suo avviso, era detta impropriamente Scuola classica e che egli preferiva chiamare ‘penalistica civile’¹⁰⁰.

Le analisi di Sbriccoli non escludevano l’attualità: segno di una positiva interazione fra riflessione storico-giuridica ed elaborazione dottrinale. Egli, ad esempio, rifletteva criticamente sul fatto che non

⁹⁶ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato*, cit., pp. 164-173.

⁹⁷ Ivi, p. 190.

⁹⁸ Ivi, p. 180.

⁹⁹ Ivi, pp. 194-195.

¹⁰⁰ Ivi, pp. 195-197.

vi era settore delle discipline amministrativistiche il cui apparato sanzionatorio non fosse rafforzato da una tutela penalistica¹⁰¹. Quel penale ‘ipertrofico’ aveva causato il venir meno della centralità del Codice. Una questione presente alla riflessione anche di altri studiosi: basti pensare alla proposta, formulata da Luigi Ferrajoli, di costituzionalizzare una riserva di codice in materia penale.

Non mancava, infine, nello scritto di Sbriccoli, un accenno alla torsione securitaria degli ultimi anni e alla ‘gestione’ politica dell’insicurezza. Tema oggi di strettissima attualità¹⁰².

Anche e in primo luogo la codificazione civile è stata oggetto, negli ultimi decenni, di vivaci dibattiti nella storiografia giuridica. Il volume di Birocchi del 2002 conteneva nel titolo un richiamo al problema della ricerca dell’ordine. L’ordine, per Birocchi, non era solo quello legislativo e men che meno solo quello codicistico. Di qui l’attenzione dello studioso per il movimento neumanistico, fautore di una visione della certezza del diritto di impronta squisitamente giurisprudenziale¹⁰³. Ma il tema della codificazione occupava ovviamente un risalto centrale nel testo. Riprendere quel tema significava anche reinterrogarsi sul contributo dato dai movimenti culturali sei-settecenteschi al processo di codificazione e quindi rifare il percorso seguito da Tarello nella *Storia della cultura giuridica moderna*. D’altro canto, Birocchi, nelle pagine premesse *Alla ricerca dell’ordine*, citava quel libro come un precedente esemplare¹⁰⁴. Ma non mancava di esprimere il suo dissenso su aspetti decisivi della ricostruzione dello studioso genovese. Ad esempio, dalla lettura di Birocchi usciva fortemente ridimensionata la ‘modernità’ di Domat e di Pothier. In polemica con Claudio Sarzotti, Birocchi poneva l’accento sul fondamento aristotelico di molti aspetti del pensiero dell’autore delle *Loix civiles*: fra l’altro, per Domat non era convenzionale l’origine dell’ordine politico. Quanto a Pothier, era ancora legato alla teorica del *duplex dominium*. Sulla questione dell’usura entrambi condividevano i tradizionali divieti: posizione già superata dalla parte più avanzata della dottrina cinquecentesca francese. Birocchi, inoltre,

¹⁰¹ Ivi, pp. 201-203.

¹⁰² Ivi, pp. 203-205.

¹⁰³ I. BIROCCHI, *op. cit.*, pp. 363-370.

¹⁰⁴ Ivi, p. XVI.

ridimensionava la portata della dicotomia domatiana leggi immutabili/leggi arbitrarie, a cui invece Tarello attribuiva una portata strategica¹⁰⁵.

Nell'esaminare i dibattiti giusnaturalistici Birocchi poneva l'accento su alcuni indicatori della 'modernità' delle posizioni di quei teorici: ad esempio, la dottrina, di ascendenza scolastica, del giusto prezzo; dottrina condivisa da Leibniz e criticata invece da Thomasius¹⁰⁶. Il che non portava lo studioso a trascurare, come indizio di un'indubbia consapevolezza 'moderna', l'aspro realismo della visione leibniziana dei rapporti internazionali¹⁰⁷. Convinto, e più che giustamente, era poi l'apprezzamento per la lungimiranza delle posizioni thomasiane nelle materie attinenti alla religione e alla morale¹⁰⁸.

Diverso da quello di Tarello era anche il giudizio di Birocchi su Cocceji. Il fallimento del suo tentativo di codificazione non era dipeso, a suo avviso, dal fatto che le posizioni del cancelliere fossero troppo avanzate (giacché Cocceji si mostrava perfettamente consapevole della vischiosità dei dispositivi consuetudinari), ma dal fatto che si era ritenuto prudente, in una particolare congiuntura politica (si era alla vigilia della guerra dei Sette Anni) non adottare discipline sgradite ai ceti privilegiati¹⁰⁹.

Sugli esiti del processo di codificazione in Francia Birocchi, in contrasto con le posizioni di Astuti, rivalutava fortemente i progetti Cambacérès, compreso il tanto vituperato secondo progetto. In fondo, l'idea di una legislazione per principi era tutt'altro che peregrina. Né era da considerare espressione di una vocazione 'totalitaria' l'idea secondo cui la legislazione doveva incidere sulla morale. Quello di ottenere che le prescrizioni si radichino nella mentalità – chiosava Birocchi – è un fine non estraneo, in generale, ai legislatori¹¹⁰.

Nello stesso 2002 Ugo Petronio pubblicava un volume in cui, riprendendo una lettura già esposta in scritti precedenti, ridimensionava la portata della rottura realizzata dalla codificazione e

¹⁰⁵ Ivi, pp. 126-157.

¹⁰⁶ Ivi, pp. 219 e 228.

¹⁰⁷ Ivi, p. 220.

¹⁰⁸ Ivi, pp. 221-232.

¹⁰⁹ Ivi, pp. 465-473.

¹¹⁰ Ivi, pp. 549-554.

comunque escludeva che con questa si fosse inteso perseguire la completezza. Egli notava come, fino a poche settimane prima dell'entrata in vigore del *Code Napoléon*, non fosse stato affatto pacifico che l'emanazione del testo dovesse comportare l'abrogazione del previgente sistema di fonti, imperniato sul diritto romano e sul *droit coutumier*. Fra gli artefici della codificazione, vi era chi, come Maleville, paventava che l'abrogazione del diritto previgente potesse mettere a repentaglio la certezza del diritto perché, in caso di lacune del codice, i giudici avrebbero dovuto pronunciarsi senza avere alcun paradigma normativo di riferimento. Invece, Brigot Préameneu si esprime senz'altro per l'abrogazione delle fonti previgenti, giacché la sopravvivenza di differenti regimi giuridici nei *pays de droit écrit* e nei *pays de droit coutumier* sarebbe stata inevitabilmente all'origine di cassazioni difformi e avrebbe quindi compromesso l'unità politica del paese. Quell'orientamento finì per prevalere¹¹¹. Ma, all'indomani dell'emanazione del *Code*, un segno indubbio di continuità fu l'impiego, da parte degli operatori del diritto, di materiali giurisprudenziali che recepivano quelli d'Antico Regime¹¹².

Nella sua ricostruzione storica Petronio si avvaleva della definizione che del codice aveva dato un grande civilista contemporaneo, Luigi Mengoni. Per Mengoni il codice, lungi dall'essere una tavola combinatoria, era un testo che racchiudeva un nucleo di concetti diretto a offrire un criterio di selezione dei conflitti e a garantirne la soluzione in maniera da assicurare il primato dell'argomentazione giuridica su quella politica. Una definizione da cui esulava l'idea di completezza¹¹³. Quella definizione, per Petronio, si adattava all'ideologia che aveva ispirato i redattori del *Code Napoléon*.

Invece, per Paolo Grossi non era stata affatto 'debole' l'ideologia che, all'indomani del crollo dell'Antico Regime, aveva ispirato gli artefici della codificazione. Il legicentrismo illuministico, grazie alla traduzione dei suoi presupposti teorici realizzata a seguito della Rivoluzione francese, aveva messo capo a un vero e proprio 'assolutismo giuridico'. Quella torsione volontaristica aveva radicalmente impoverito la vita giuridica, riducendo drasticamente il

¹¹¹ U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, pp. 111-115.

¹¹² Ivi, pp. 120-123.

¹¹³ Ivi, pp. 72-74.

ruolo della dottrina e della giurisprudenza. Solo grazie alla salutare reazione promossa da una parte significativa della cultura giuridica fra Otto e Novecento era stato possibile superare quel riduzionismo volontaristico. La pretesa di vanificare il ruolo della dottrina e della giurisprudenza si era rivelata una scorciatoia illusoria. Una pretesa che era da annoverare fra le mitologie giuridiche della modernità¹¹⁴.

Neanche per Ajello era stata 'debole' l'ideologia che aveva ispirato la realizzazione dei codici. Ma, a differenza che per Grossi, la codificazione, per lo studioso napoletano, consentendo di superare gli arbitri delle magistrature, aveva avuto un segno inequivocabilmente progressivo. Specie in Italia poi, dove, durante l'Antico Regime, il predominio della consuetudine giuridica non aveva avuto come contraltare l'esistenza di poteri politici solidi e affidabili, l'imposizione dei codici ad opera delle armi napoleoniche aveva scosso un immobilismo che durava da secoli ed era stata un fattore decisivo di modernizzazione¹¹⁵.

Nella diversità dei giudizi sulla codificazione si rifletteva la varietà delle ispirazioni presenti nella storiografia giuridica italiana. Una pluralità di voci che ha arricchito non solo la disciplina, ma anche i saperi che con essa si sono confrontati, in un dialogo fitto che ha rappresentato una delle più significative novità del panorama culturale degli ultimi anni.

¹¹⁴ Cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998; IDEM, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001.

¹¹⁵ R. AJELLO, *L'esperienza*, cit., p. 4.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AJELLO R., *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel Regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, vol. I, *La vita giudiziaria*, Napoli, 1961; AJELLO R., *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel Regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, vol. II, *Il Preilluminismo giuridico*, Napoli 1965; AJELLO R., *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976; AJELLO R., *Continuità e trasformazione dei valori giuridici: dal probabilismo al problematicismo*, in *Storia e diritto*, vol. I, Napoli 1986; AJELLO R., *Epistemologia moderna e storia delle esperienze giuridiche*, Napoli 1986; AJELLO R., *Formalismo medievale e moderno*, Napoli, 1990; AJELLO R., *L'esperienza critica del diritto. Lineamenti storici*, vol. I, *Le radici medievali dell'attualità*, Napoli, 1999; ALATRI, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del Settecento*, Bari, 1977; ASTUTI G., *Il contributo di Giuseppe Ermini agli studi di diritto comune*, in *Il diritto comune e la tradizione giuridica europoea. «Atti del Convegno di studi in onore di Giuseppe Ermini. Perugia 30-31 ottobre 1976»*, Perugia 1980, pp. 5-9 e 17-18; ASTUTI G., *La formazione dello Stato moderno in Italia*, Torino, 1967; ASTUTI G., *Legge (diritto intermedio)*, in IDEM, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli 1984, vol. III, pp. 2082-2083; ASTUTI G., *Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi "De iuris interpretibus" di Alberico Gentili*, Bologna 1937, p. 152; BELLOMO M., *Società e istituzioni in Italia dal Medioevo agli inizi dell'Età moderna*, Catania, 1984, pp. 349 e 422-423; BESTA E., *Il diritto pubblico italiano dagli inizi del secolo decimoquinto alla seconda metà del secolo decimoquinto*, Padova 1929; BIROCCHI I., *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica dell'Età moderna*, Torino, 2002, pp. 86-88; BUSSI E., *Evoluzione storica dei tipi di Stato*. Ristampa della terza edizione, Milano, 2002; BUSSI E., *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano 1935; CALASSO F., *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano 1957; MOCHI ONORY S., *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello Stato (Imperium spirituale – iurisdictio divisa – sovranità)*, Milano 1951; CALASSO F., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1970, pp. 86-98; CALASSO F., *Medioevo del diritto*, vol. I, *Le fonti*, Milano 1954, pp. 156-158; CALASSO F., Recensione a E. BUSSI. *Intorno al concetto di diritto comune*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 1936, pp. 328-332; CASSANDRO G., *La genesi del diritto comune*, in *Il diritto comune*, in *Mneme, Melanges de la memoire de Michel A. Dendias*, Athenias-Paris, 1978, pp. 61-64; CASSANDRO G., *Lezioni di diritto comune*, vol. I, Napoli 1971, pp. 63-79; CORTESE E., *Il diritto nella storia medievale*, Roma 1995, vol. II, *Il Basso Medioevo*, pp. 228-231; CORTESE E., *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma, 1966; COSTA P., *Iurisdictio. Semantica del potere nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 1969; DE VERGOTTINI G., *Lezioni di storia del diritto italiano. Il diritto pubblico*

italiano nei secoli XII-XV, vol. I, Milano 1960 – vol. II, Milano, 1959; DIAZ F., *Filosofia e politica nel Settecento francese*, Torino 1962; ERCOLE F., *Da Bartolo all'Althusius. Saggi sulla storia del pensiero giuspubblicistico del Rinascimento italiano*, Firenze, 1932; FIORAVANTI M., *Stato e costituzione*, in IDEM (a cura di), *Lo Stato*, cit., pp. 1-36; GORLA G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981; GROSSI P., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998; GROSSI P., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992, pp. 191-280; GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, p. 34; GROSSI P., *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova, 1968; GROSSI P., *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, 1963; GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001; GROSSI P., *Proprietà e contratto*, in FIORAVANTI M. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari 2007, pp. 128-138; LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, pp. 123 e 164-183; LUONGO D., *Serafino Biscardi. Mediazione ministeriale e ideologia economica*, Napoli 1993; LUONGO D., *Vis jurisprudentiae. Teoria e prassi della moderazione giuridica in Gaetano Argento*, Napoli, 2001; LUONGO D., *Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, vol. I, *Oltre il consenso metafisico*, Napoli, 2007; LUONGO D., *Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, vol. II, *Verso il fondamento sociale del diritto*, Napoli, 2008; LUONGO D., *Il giurisdizionalismo dei moderni. Polemiche anticurialistiche nella Napoli del Preilluminismo*, Torino, 2018; MAFFEI D., *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, Milano, 1956; MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, pp. 5-16; ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987; PETRONIO U., *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002, pp. 111-115; SBRICCOLI M., *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione del giurista nell'età comunale*, Milano, 1969; SBRICCOLI M., *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974; TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 15-4; VIOLA M., *Consolidazioni e codificazioni*, Torino, 1967.

ABSTRACT

A partire dalla metà del Novecento la storiografia giuridica italiana subì un profondo rinnovamento, superando l'attenzione prevalente per il Medioevo e la concentrazione quasi esclusiva sulle fonti teorico-dottrinali che fino ad allora l'avevano caratterizzata. Divenne fitto il dialogo con i saperi filosofico-giuridici e comparatistici, oltre che con la storiografia politica. Venne chiarita la connotazione fondamentalmente giurisdizionale dello

Stato d'Antico Regime, il processo di codificazione acquistò il suo spessore problematico e furono acquisiti nuovi punti di vista sullo stesso Medioevo.

Since the mid-twentieth century, the Italian legal historiography experienced a profound renewal, overcoming the main attention for the Middle Ages and the almost exclusive concentration on the theoretical-doctrinal sources. The dialogue with philosophical-juridical and comparative knowledges, as well as with political historiography, came into an implement. The jurisdictional connotation of the Ancien Régime State was clarified, the codification process acquired its problematic depth and new points of view were acquired on the Middle Ages itself.

JEAN PAUL DE JORIO*

EMERGENZA SANITARIA E DIRITTI FONDAMENTALI: PROVE TECNICHE DI REGIME?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Verso una metamorfosi dello Stato di diritto? – 3. DPCM, questo sconosciuto. – 4. L’“avvocato del popolo” e l’articolo 15 della Convenzione europea dei Diritti dell’uomo: *necessitas legem non habet*? – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Dall’inizio del confinamento del popolo italiano a causa del coronavirus (il cd. “*lockdown*”), sono ormai trascorse diverse settimane, periodo nel quale si sono succeduti tutta una serie di provvedimenti e misure di natura eccezionale, che hanno esplicitato i loro effetti anche sui più minuti aspetti dell’esistenza di ogni singolo cittadino. E’ dunque possibile delineare un insieme di rilievi in merito alla strategia posta in essere dall’esecutivo per fronteggiare l’emergenza epidemiologica (così come sulle sue ripercussioni), potendosi esprimere numerose riserve di ordine giuridico.

Ciascuno di noi ha infatti constatato l’enorme magnitudo delle molteplici restrizioni a cui siamo stati e continuiamo ad essere soggetti (tra le tante il divieto di abbracci e strette di mano), e le profonde ricadute sul godimento di libertà ritenute incompressibili: la nostra quotidianità ne è la dimostrazione!

Sorge spontaneo porsi degli interrogativi sulla legittimità di una panopia di Delibere, Decreti Legge, Ordinanze, DPCM, che nel giro di un arco temporale assai limitato, hanno inciso in maniera tanto drammatica sull’esercizio di una serie di diritti fondamentali di estrema pregnanza.

Al fine di procedere nel modo più obiettivo possibile all’analisi e all’inquadramento di questo vasto coacervo normativo ed amministrativo, è opportuno un raffronto con la CEDU – che a tutti gli effetti rappresenta l’espressione di sintesi del comune patrimonio

* Avvocato, LL.M. in *European Law*, Docente presso la Wuhan University (PRC).

giuridico continentale (e ci consente peraltro la possibilità di un raffronto con altri paesi parimenti colpiti dal flagello del Covid-19, “*coronavirus disease 2019*”) – così come con la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’uomo.

Orbene, si deve *prima facie* riscontrare una sicura involuzione del nostro ordinamento democratico in senso illiberale, con tendenze finanche autoritarie.

2. *Verso una metamorfosi dello Stato di diritto?*

Nell’ultimo trentennio abbiamo assistito all’erosione progressiva, ma sistematica, di una serie di garanzie sancite dalla nostra Legge fondamentale e dalla CEDU ad opera del Legislatore – ma sarebbe più corretto dire dell’esecutivo, in considerazione del ruolo subalterno ormai assunto dal Parlamento, che si limita a ratificare acriticamente tutte le iniziative governative al riguardo – così come della magistratura, che si è ormai ritagliata un ruolo politico egemonico, che peraltro non le è proprio.

Tale costante disallineamento rispetto ai parametri costituzionali e convenzionali, condito qua e là dal riconoscimento di quella che potremmo agevolmente definire come la categoria dei ‘meta-diritti’ è andato ad intaccare, sino a comprometterlo definitivamente, il principio di legalità nelle sue varie declinazioni.

Processo quello appena delineato, che ha subito una notevole accelerazione, sino a culminare in una disciplina normativa, dei più disparati settori, che stravolge la portata precettiva della Carta e delle garanzie in essa sancite, che ci ha condotto ad una “*pressoché assoluta dismissione delle garanzie connesse allo Stato costituzionale di diritto*”.¹

Di estrema attualità pare un commento fatto sul finire degli anni ’70 del secolo scorso, relativo alla legislazione emergenziale adottata per fronteggiare la minaccia terroristica, secondo cui si rischiava di introdurre un “*autoritarismo dal volto umano, apparentemente rispettoso delle libertà civili, ma cortesemente coercitivo ed amabilmente tirannico*”.² Tale analisi

¹ V. BALDINI, *Tirannia della sicurezza nello Stato costituzionale di diritto?*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e Stato di diritto. Problematiche costituzionali*, Cassino, Università degli Studi di Cassino, 2005, p. 8.

² C. JULIEN, *Libertés et terrorisme*, in «Le monde diplomatique», n. 11, 1977, p. 3.

è più che valida a tutt'oggi, ed anzi totalmente sovrapponibile al momento storico-giuridico che stiamo vivendo. Essa risulta di grande attualità, giacché la legislazione adottata negli anni di piombo – tesa a contrastare una minaccia più che concreta alla sopravvivenza stessa dello Stato, portata da organizzazioni terroristiche agguerrite, anche dirette dall'estero – aveva ricadute assai più limitate per la generalità dei cittadini, se paragonata a quella introdotta per far fronte al Coronavirus.

L'aspetto che però merita maggiore attenzione – potendo a tutti gli effetti essere ritenuto indice sintomatico del venir meno, oltre che del principio di legalità, anche della certezza del diritto in senso ampio – è la trasfigurazione dello Stato di diritto, tramite quel processo che è stato definito come la “*decostruzione gerarchica del diritto*”.³

Tale deriva è sicuramente culminata con il Covid-19 (che a quanto pare diventerà endemico), laddove tutte le misure adottate costituiscono espressione di una tendenza legislativa, giurisdizionale ed amministrativa tesa a relativizzare i diritti e le libertà riconosciuti dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei Diritti dell'uomo, giustificata da presunte esigenze emergenziali – siano esse di natura economica, sociale o dettata da ragioni di ordine pubblico, etc. – a cui oggi si aggiunge quella epidemiologica.

I tre poteri dello Stato (che nella sostanza sono ridotti come detto a due, laddove le Camere sono state private di qualsivoglia ruolo attivo sia a livello di proposta legislativa, che di controllo dell'esecutivo, e ancor prima di rappresentanza), misconoscono in maniera più che palese la formula “*Repubblica democratica*” di cui all'articolo 1 della Costituzione, allorquando questa invece “*riassume i caratteri essenziali dello Stato stesso*”⁴, dovendo essere intesa come “*valore riepilogativo di una serie di disposizioni costituzionali che, da un lato, garantiscono gli individui rispetto allo Stato e, dall'altro, danno allo Stato una organizzazione democratica*”⁵.

³ V. BALDINI, *Globalizzazione, terrorismo internazionale e tutela della sicurezza: alla ricerca di un nuovo Leviatano?*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e Stato di diritto. Problematiche costituzionali*, cit., p. 65.

⁴ Corte cost., 24 maggio 1977, n. 86.

⁵ S. BARTOLE e R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 2008, p. 5.

La pandemia ha infatti conciso con il sovvertimento della legalità costituzionale, perché con atti aventi forza di legge (i Decreti Legge), e ancor di più con provvedimenti amministrativi (ordinanze varie e DPCM) a cui si pretende evidentemente di attribuire una connotazione para-normativa o legislativa *sui generis*, si disattende il ‘valore democratico’ che pure dovrebbe essere considerato come ‘l’alfa e l’omega’ del nostro ordinamento – a cui si aggiunge una più che palese violazione dell’art. 2 della Legge fondamentale laddove tale norma sancisce che “*La Repubblica riconosce e sancisce i diritti inviolabili dell’uomo*” – limitando se non addirittura sopprimendo le libertà insite nella Carta, come pure gli istituti posti a presidio della loro tutela giuridica (*in primis* il giusto processo e l’effettività della tutela giurisdizionale).

Né tantomeno i provvedimenti approvati dall’esecutivo – come pure le pronunce giurisdizionali frattanto intervenute relativamente a vari aspetti della disciplina emergenziale e della sua applicazione – possono dirsi conformi con il Preambolo della Convenzione europea dei Diritti dell’uomo, che ha carattere precettivo, o con il dettato dell’articolo 1 della stessa CEDU.

In merito al primo, si osserva che il Preambolo è *ex se justiciable*, essendo chiamato a svolgere una funzione di direzione ed integrazione delle singole disposizioni della CEDU, laddove sancisce la preminenza, la certezza e la qualità del diritto, con conseguenti obblighi positivi per tutti gli Stati contraenti.⁶

Analoghe considerazioni possono muoversi per quanto attiene l’articolo 1 della Convenzione, che prevede l’obbligo per gli Stati sottoscrittori di dare piena attuazione all’impegno di assicurare il godimento dei diritti protetti dalla CEDU.

Orbene, più che evidente come il nostro Paese sia venuto meno a partire dal febbraio/marzo 2020 alla prescrizione di “*proteggere i diritti non teoricamente o illusoriamente, ma in modo concreto ed efficace*” – giacché questi stessi diritti sono stati sospesi apparentemente *sine die*, e da quanto ci è dato comprendere alla luce di più che confuse

⁶ Si vedano Corte E.D.U., Sezione, ricorso n. 332/57, 14 novembre 1960, Gerard Richard Lawless c. Irlanda (n. 1); Sezione Plenaria, ricorso n. 4451/70, 21 febbraio 1975, Sidney Elmer Golder c. Regno Unito, § 34; *Grande Chambre*, ricorsi nn. 46827/99 e 46951/99, 4 febbraio 2005, Rustam Sultanovich Mamatkulov e Zainiddin Abdurasulovich Askarov c. Turchia, §§ 100 e ss.

dichiarazioni da parte di membri dell'esecutivo (che hanno ormai assunto una portata integratrice del dato testuale di norme e provvedimenti, pur essendo destituite di una qualsivoglia rilevanza giuridica), potrebbero esserlo quantomeno ad intermittenza per molto tempo – dovendosi porre in rilievo come le numerose pronunce della Corte europea, abbiano fatto “*dell'art. 1 della Convenzione un punto focale del sistema europeo di protezione solidale e universale dei diritti dell'uomo per merito di un metodo d'interpretazione nello stesso tempo teleologico e dinamico o evolutivo*”.⁷

Quanto sopra dovrebbe spingere l'esecutivo a riflettere sul proprio operato, tuttavia pare assai arduo che vi possa essere un ripensamento al riguardo, visto che il Presidente del Consiglio e diversi giuristi sostengono (a nostro avviso, a torto) la piena legittimità di quanto è stato finora fatto.

3. DPCM, questo sconosciuto

Il volto sorridente del Primo Ministro, che preannuncia nuovi interventi per fronteggiare l'epidemia di origine cinese, e le sue disastrose conseguenze sociali, economiche e giuridiche, è diventata una costante serale, precedendo ogni volta l'emanazione di un tipo di provvedimento, cioè il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM), che agli italiani, anche agli operatori del diritto, dice ben poco.

Premesso che la dottrina si è occupata solo marginalmente di questo istituto – risultando tale circostanza significativa della scarsa rilevanza ad esso attribuita dal nostro ordinamento – il DPCM si trova disciplinato al terzo comma dell'art. 17 della L. 23 agosto 1988, n. 400, nell'ambito dei decreti ministeriali, ai quali è equiparato *mutato nomine*.

Nelle intenzioni del Legislatore del 1988, nell'ambito del più vasto riordino della Presidenza del Consiglio dei ministri, il DPCM doveva in qualche modo ricondurre al capo dell'esecutivo una funzione di coordinamento dell'attività regolamentare dei vari dicasteri.

⁷ AA.VV., *La Convenzione europea dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Commentata ed annotata*, a cura di C. DEFILIPPI, D. BOSI e R. HARVEY, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 37.

Trattasi a tutti gli effetti di un provvedimento amministrativo, che non ha forza di legge – non potendo perciò contrastare con una fonte normativa primaria, con la Costituzione o con la CEDU – ed è soggetto ad impugnativa in sede giurisdizionale innanzi al G.A.

Esso sfugge al sindacato parlamentare, come pure ad eventuali futuribili censure della Consulta, e non è sottoposto nel corso del suo iter all'intervento del Presidente della Repubblica. È esclusivamente subordinato a registrazione presso la Corte dei conti.

A seguito alla proclamazione dello “*stato di emergenza*” sanitaria, disposta con Delibera del Presidente del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, per un arco temporale di sei mesi, è stato approvato il D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito con L. 5 marzo 2020, n. 13), che ha introdotto tutta una serie di misure per contenere il diffondersi del Covid-19.

La peculiarità dell'intervento governativo risiede nel fatto che l'art. 3 – rubricato “*Attuazione delle misure di contenimento*” – precisa che “*Le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate ... con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*”.

Sorgono notevoli perplessità in merito a tale tecnica legislativa – evidentemente finalizzata ad esautorare quell'insieme di ‘pesi e contrappesi’ propri dell'ordinamento democratico – giacché oltre ad una chiara vulnerazione dei principi di legalità, tassatività, riserva di legge e determinatezza (su cui si tornerà a breve), si riscontra una palese incompetenza del Presidente del Consiglio dei ministri ad intervenire in *subiecta materia* per il tramite di DPCM.

L'art. 5 del D.Lgs 2 gennaio 2018, n. 1, cioè il Codice della protezione civile, prevede infatti che i poteri di ordinanza siano esercitati dal Presidente del consiglio, “*per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile*”, l'unica fase dell'intero procedimento che contempla l'intervento del *premier* con proprio Decreto è quella iniziale, cioè la “*Dichiarazione dello stato di mobilitazione del Servizio nazionale della protezione civile*”, di cui all'art. 23 della stessa norma. Conforto al nostro assunto si rinviene nel successivo art. 25, ove il coordinamento e l'attuazione degli interventi è demandato esclusivamente al Capo dipartimento (impostazione che risulta peraltro in linea con la consolidata tendenza legislativa a rafforzare la scissione tra organi politici, a cui spettano compiti di indirizzo, ed uffici, responsabili della concreta attuazione delle direttive impartite).

L'intervento per il tramite di DPCM, a cui rinvia il D.L. n. 6/2020, ha creato una sorta di micro ordinamento, che introduce un pericoloso precedente, potendo dare l'avvio ad una prassi di incerta definizione (tramutandosi nella sostanza in un paradigma di governo e non in una misura eccezionale), che viene spontaneo inquadrare come l'ultimo stadio evolutivo di quel processo che porta alla “*dittatura costituzionale*” che però non è finalizzata come accade nelle ‘democrazie militanti’ a preservare lo Stato di diritto, ma bensì a sovvertirlo.⁸

Se in passato, sono stati espressi dubbi sull'anomalo uso della decretazione d'urgenza da parte del Governo, soprattutto nell'assenza dei relativi presupposti, cioè la necessità e appunto l'urgenza, non si comprende perché, l'attuale esecutivo pur di fronte ad una situazione emergenziale senza precedenti, che avrebbe più che giustificato l'uso del Decreto Legge, così come previsto dall'art. 77 della Costituzione, abbia invece optato per una soluzione contraria non solo alle più basilari regole del diritto, ma ancor prima alla logica e al buonsenso?

Il diritto alla salute, è un valore primario, tuttavia occorre interrogarci, se e come sia possibile, per tutelare un diritto assoluto come quello sancito all'art. 32 della nostra Legge fondamentale, intervenire su diritti di pari caratura, soprattutto allorquando si trasmoda oltre quanto strettamente necessario per arrestare il diffondersi della malattia, sanzionando anche condotte insuscetibili di propagare il virus.

4. L’“*avvocato del popolo*” e l’articolo 15 della *Convenzione europea dei Diritti dell'uomo*: *necessitas legem non habet*?

Dopo diversi decenni in cui la guida dell'esecutivo era stata affidata a persone senza una particolare formazione giuridica, era stato da molti salutato con favore l'avvento al vertice del Governo di un avvocato e docente di lungo corso.

Tuttavia la gestione dell'emergenza legata al coronavirus ha fatto ricedere molto persone al riguardo, sollevando più di qualche (giustificata) perplessità (anche sul declino della professione forense e dell'università), in quanto la gestione della crisi epidemiologica – non

⁸ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017, p. 17.

propriamente *secundum jus* – ha coinciso con ‘un’eclissi’ dei diritti di ogni consociato.

Occorre premettere, che moltissimi ordinamenti prevedono istituti *extra ordinem* – soprattutto per far fronte ad eventi straordinari, normalmente riconducibili ad eventi bellici o situazioni insurrezionali – rientrando nel più ampio *genus* dello «stato di eccezione»⁹, laddove per difendere le istituzioni democratiche, sono consentite deroghe limitate nel tempo e nello spazio, a determinati diritti e libertà.

La stessa Convenzione europea disciplina tale fattispecie all’articolo 15 della stessa laddove prevede al comma 1° che “*In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti della presente Convenzione*”.

Tuttavia tale possibilità è soggetta a stringenti requisiti sostanziali – laddove lo stesso inciso prosegue “*nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale*” – nonché procedurali, contenuti nei successivi commi 2 e 3, ove rispettivamente si precisa che “*La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all’articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4§1 e 7*”, come pure “*Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d’Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d’Europa della data in cui queste misure cessano d’essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione*”.

Il novero di diritti insuscettibili di deroga è stato via via esteso dai Protocolli aggiuntivi alla CEDU, nonché dagli interventi della Corte europea dei Diritti dell’uomo.

La dottrina fa risalire il presupposto giuridico di tale istituto – comune, seppur in misura diversa, a vari ordinamenti – alla teoria dello stato di necessità, tuttavia occorre notare che esso difetta in quello italiano, ove mancano disposizioni espresse.¹⁰

⁹ Per G. AGAMBEN, *op. cit.*, p. 13, “*Lo stato di eccezione non è un diritto speciale (come il diritto di guerra), ma, in quanto sospensione dello stesso ordine giuridico, ne definisce la soglia o il concetto-limite*”.

¹⁰ AA.VV. *Commentario breve alla Convenzione europea dei Diritti dell’uomo*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SENA e V. ZAGREBELSKY, Padova, CEDAM, 2012, p. 555.

Accese furono le discussioni in sede di Assemblea costituente riguardo alla possibilità o meno di introdurre nella futura Carta costituzionale una disciplina come quella peraltro contemplata nella vigenza dello Statuto albertino sotto il *nomen* di stato di assedio, tuttavia per i veti incrociati dei due maggiori partiti dell'epoca, cioè la Democrazia Cristiana ed il Partito comunista (i quali temevano che in caso di sconfitta elettorale, la sospensione delle libertà sancite nella Legge fondamentale per fronteggiare minacce o pericoli alle istituzioni repubblicane, potesse essere strumentalmente utilizzata contro di essi da chi si fosse rispettivamente imposto alle imminenti consultazioni), si preferì non adottare alcuna delle proposte discusse, rimettendo la gestione di eventuali situazioni emergenziali ai Decreti Legge.¹¹

È stato in merito posto in rilievo come “*lo stato di emergenza nell'ordinamento repubblicano non può essere costituito da un assetto straordinario sospensivo di attribuzioni costituzionali o che, comunque, incida sulla ripartizione delle competenze costituzionalmente disposte. In definitiva, la struttura costituzionalmente democratica e pluralistica non può subire alcuna eccezione per provvedere all'emergenza*”.¹²

Proprio per evitare abusi derivanti da un ricorso indiscriminato alla facoltà di deroga, la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo ha precisato le condizioni per il suo esercizio, circoscrivendone la portata.

Il presupposto per l'uso legittimo della facoltà di deroga si rinviene, secondo la Corte di Strasburgo, nell'esistenza di “*une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État*”.¹³

Fondamentale è il rispetto degli obblighi procedurali: eventuali deroghe vanno infatti tempestivamente comunicate a tutti gli altri Stati contraenti, nonché al Segretario Generale del Consiglio d'Europa che provvede a monitorare costantemente l'applicazione che viene fatta delle misure derogatorie ed eventualmente formulare rilievi nei

¹¹ D. CROCCO e J.P. DE JORIO, *Public Law and Administrative Law in the Italian legal system. Collected essays*, Napoli, Jovene Editore, 2019, p. 212.

¹² P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè Editore, 1988, p. 131.

¹³ Corte E.D.U., Sezione, ricorso n. 332/57, 1 luglio 1961, G.R. Lawless c. Irlanda (n. 3), § 28 (della parte in diritto).

confronti di queste ultime, oltre ad essere oggetto del successivo sindacato giurisdizionale da parte della Corte europea.¹⁴

Va segnalato che eventuali deroghe debbono essere motivate, venendo specificati sia i diritti fondamentali su cui vanno a gravare, sia la durata (che deve essere temporanea e non certamente indefinita), nonché l'incidenza territoriale di tali provvedimenti.

Rappresentando l'*ultima ratio*, a disposizione dei Governi, questi – pur nel rispetto del cd. “*margin di apprezzamento*” di cui sono investiti – debbono illustrare le ragioni per cui ritengono necessaria l'adozione di misure eccezionali, nonché l'inefficacia di eventuali restrizioni, anziché della sospensione *tout court* delle libertà sancite dalla CEDU, rispondendo l'istituto derogatorio al criterio di stretta necessità.¹⁵

Essenziale è il rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, giacché il rischio insito nelle deroghe alla Convenzione è quello di creare un pericoloso vuoto giuridico che avalli condotte arbitrarie da parte delle autorità, e di conseguenza ingiustificate violazioni dei diritti della generalità dei cittadini.¹⁶

Ad oggi, gli Stati che maggiormente hanno fatto ricorso all'articolo 15 sono la Turchia ed il Regno Unito, per vicende legate a motivi di ordine pubblico: la prima, per fronteggiare la rivolta curda e in anni più recenti, il golpe contro il regime di Erdogan, la seconda per soffocare l'insurrezione in Irlanda del Nord e la minaccia di Al Qaeda all'indomani degli attacchi dell'11 settembre 2001 alle *Twin Towers*. Numerose sono state pure le deroghe notificate dall'Ucraina a partire dal 2015, a seguito del protrarsi delle ostilità con gli indipendentisti filorussi.

Fatta questa premessa, occorre verificare se l'emergenza sanitaria legata al coronavirus costituisca un “*pericolo pubblico che minacci la vita della nazione*” ai sensi dell'art. 15, comma 1° della CEDU, e di conseguenza se le restrizioni al godimento dei diritti fondamentali disposte dalle autorità italiane siano o meno compatibili con il testo sovranazionale.

¹⁴ Corte E.D.U., Sezione Plenaria, ricorsi nn. 11209/84, 11234/84, 11266/84 e 11386/85, 29 novembre 1988, Terence Patrick Brogan ed altri c. Regno Unito, § 48.

¹⁵ Corte E.D.U., Sezione Plenaria, ricorso n. 5310/71, 18 gennaio 1978, Irlanda c. Regno Unito, §§ 206 e ss.

¹⁶ Corte E.D.U., *Grande Chambre*, ricorso n. 3455/05, 19 febbraio 2009, A. ed altri c. Regno Unito, §§ 173-174.

All'uopo ci vengono in soccorso le Linee guida approvate dal Consiglio d'Europa – *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member States* – che enunciano le disposizioni e le cautele necessarie per coniugare il rispetto dei diritti umani al contrasto della pandemia.

Riconoscendo la natura straordinaria dell'emergenza legata al virus, che a tutti gli effetti rappresenta un pericolo pubblico che attenta ai sensi del § 1 dell'articolo 15 citato l'esistenza stessa delle comunità statuali, sono perciò consentite dal Consiglio delle deroghe rispetto ai diritti sanciti nella CEDU. Questi mette comunque in guardia i Governi aderenti all'ordinamento sovranazionale, che i valori democratici, i principi dello stato di diritto ed il rispetto dei diritti umani sono comunque imprescindibili, anche in tempi di crisi.

Le misure adottate dagli Stati debbono infatti rispondere, come detto, ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità – oltre ad essere circoscritte nel tempo – ed unicamente finalizzate a contrastare il virus.¹⁷

Sarà preliminarmente opportuno inquadrare quali sono i singoli diritti colpiti, se non addirittura obliterati, dai diversi provvedimenti approvati per fronteggiare il contagio e la diffusione del Covid-19.

Le limitazioni alla circolazione a cui tutti hanno dovuto sottostare, come pure divieto di allontanamento dal proprio comune previsto dai vari DD.LL. succedutisi in queste settimane¹⁸, via via integrati da svariati Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri¹⁹, che non solo ne hanno precisato il contenuto, ma anche allargato a dismisura la portata, con conseguenti sanzioni comminate ai trasgressori, configurano una violazione del Protocollo n. 4, articolo 2 della CEDU, posto a presidio della libertà di circolazione e di soggiorno, soprattutto perché indefiniti risultavano i criteri applicativi.

¹⁷ Si veda p. 2 delle Linee guida.

¹⁸ In merito si rinvia, ad esempio, ai Decreti Legge 23 febbraio 2020, n. 6 e 25 marzo 2020, n. 19.

¹⁹ Senza dimenticare *ex multis*, l'Ordinanza ministeriale del 20 marzo 2020 del Ministro della salute, ove all'art. 1, comma 1°, lett. d) si prescrive “*nei giorni festivi e prefestivi, nonché in quegli altri che immediatamente precedono o seguono tali giorni, è vietato ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale, comprese le seconde case utilizzate per vacanza*”.

Prova ne è, come dimostrano le cronache di questo periodo davvero buio per l'Italia, ma anche diverse pronunce rese dal Giudice Amministrativo in sede cautelare²⁰, i cittadini sono stati lasciati in balia dell'arbitrio più totale, certamente non rispondente al principio di legalità che costituisce il filo conduttore di tutta la disciplina convenzionale.

Dai genitori che accompagnavano la propria figlioletta ad una visita di controllo dopo che quest'ultima aveva subito un trapianto²¹, al senzatetto trovato all'aperto senza giustificato motivo²², all'imprenditore che era in fila all'esterno di una banca per pagare gli stipendi ai propri dipendenti²³, alla pensionata in attesa di entrare al supermercato che stremata dalla fatica si era seduta su di una panchina²⁴, al sordomuto non sufficientemente rapido negli spostamenti²⁵, gli esempi delle condotte oggetto degli interventi da parte di zelanti operatori di polizia, pur nominalmente consentite dalla disciplina straordinaria, sono infinite, e scaturiscono da una lacuna genetica insita in quella serie infinita di DPCM²⁶ che certamente non rispondono ai canoni di prevedibilità, determinatezza e qualità della norma (intesa in senso ampio) e riserva di legge, invece prescritti dalla

²⁰ G. CRIMALDI, *La giustizia e il Covid. Ordinanze e decreti in ordine sparso i ricorsi ingolfano il TAR*, in «il Mattino», 29 aprile 2020, p. 12.

²¹ E. CHILLÈ, *Grosseto, genitori multati per aver accompagnato la figlia di 8 anni a un controllo dopo un trapianto*, in «Il Messaggero», https://www.ilmessaggero.it/italia/coronavirus_genitori_multati_figli_a_controllo_trapianto_grosseto_news-5178125.html, 18 aprile 2020.

²² G. BELARDELLI, *È fuori casa, perché "vivo per strada". Senzatetto multato a Roma*, in «L'Huffington Post», https://www.huffingtonpost.it/entry/multe-senza-fissa-dimora_it_5e8b1d43c5b6e7d76c674726, 6 aprile 2020.

²³ L. INSALACO, *Lockdown, ricorsi flop. Per i TAR la salute vince (quasi) sempre*, in «ItaliaOggi», 23 aprile 2020, p. 31.

²⁴ A. ZINITI, *Multe crudeli, casi limite ed errori: ecco lo Stato sceriffo*, in «La Repubblica», https://www.repubblica.it/cronaca/2020/04/19/news/multe_crudeli-254404997/, 18 aprile 2020.

²⁵ G.L. CAMPAGNA, *A 80 anni, sordo e disabile viene multato mentre andava in farmacia a 100 metri da casa*, in «News 24», <https://www.news-24.it/a-80-anni-sordo-e-disabile-viene-multato-mentre-andava-in-farmacia-a-100-metri-da-casa/>, 15 aprile 2020.

²⁶ Tra questi si ricordano i DDPCM del 23 febbraio 2020; del 25 febbraio 2020; del 1° marzo 2020; del 4 marzo 2020; dell'8 marzo 2020; del 9 marzo 2020; dell'11 marzo 2020; del 22 marzo 2020; del 1° aprile 2020; del 10 aprile 2020; del 26 aprile 2020.

CEDU allorquando ci si trovi di fronte a contestazioni mosse nei confronti dei cittadini da parte della autorità e alle sanzioni a questi comminate.

Dalla lettura dell'*Information document* del Consiglio d'Europa, si evince che l'organo sovranazionale è persuaso che i provvedimenti adottati dalle autorità, ma soprattutto l'applicazione che ne viene fatta nel caso concreto, possa assumere la forma del trattamento inumano e degradante, fino a giungere alla tortura, soprattutto nei confronti delle categorie deboli, come gli anziani o coloro che sono affetti da disabilità²⁷, con conseguente violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

Vero è, che proprio alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo è possibile affermare che l'incidenza dei divieti, delle chiusure e delle restrizioni che sono state imposte alla stragrande maggioranza di cittadini, superano cumulativamente quella soglia di afflittività, da cui discende *de plano*, non tanto una violazione della libertà di circolazione, ma bensì una violazione della libertà personale garantita dall'art. 5 della CEDU.²⁸

Parimenti lesi paiono gli articoli 6 e 13 della Convenzione, e di conseguenza il diritto al giusto processo e quello all'effettività della tutela giurisdizione, giacché dapprima l'art. 10 del D.L. 2 marzo 2020, n. 9, poi il D.L. 8 marzo 2020, n. 11, e successivamente gli artt. 83 e ss. del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, e da ultimo dall'art. 36 del D.L. 8 aprile 2020, n. 23, introducono due principi di una gravità sconcertante. Da un lato, le udienze non sono più pubbliche (anche dopo il superamento della fase di "*lockdown*" in senso stretto), allorquando caratteristica precipua del giusto processo è proprio quella di una giustizia trasparente alla cui amministrazione il cittadino può assistere – dovendo essere sempre l'esercizio della giurisdizione oggetto di un scrutinio esterno²⁹ (pertanto pare del tutto incompatibile la segretezza che surrettiziamente è stata introdotta approfittando dell'epidemia), e dall'altro – soprattutto di fronte ai

²⁷ Al riguardo si rinvia a p. 5 del documento "*Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*".

²⁸ Corte E.D.U., Sezione Plenaria, ricorso n. 7367/76, 6 novembre 1980, Michele Guzzardi c. Italia, §§ 92, 93 e 95.

²⁹ Senza dimenticare che secondo l'art. 101 della nostra Costituzione "*La giustizia è amministrata in nome del popolo*".

TT.AA.RR. e al Consiglio di Stato – non è ammessa la partecipazione degli avvocati, neppure con modalità di videoconferenza, venendo le cause decise solo in base agli atti scritti, senza più spazio per il diritto di difesa ed il contraddittorio, con evidenti ricadute sulla qualità della giustizia stessa ed in particolar modo sui provvedimenti adottati. Novelle quelle appena delineate, che sono assolutamente incompatibili, anche in questa fase emergenziale, con la CEDU, tanto che il Consiglio d'Europa ha dato ampio risalto al fatto che il diritto al giusto processo ed i suoi corollari non possano subire deroghe o limitazioni motivate da necessità legate all'epidemia, come delineato all'ultimo capoverso del punto 3.2. delle Linee guida richiamate.

Il divieto di accesso ai luoghi di culto, come pure l'interdizione delle funzioni religiose (nonché della somministrazione dei sacramenti in generale), costituisce un chiaro attentato alle libertà tutelate dall'articolo 9 della Convenzione europea in materia di “*Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*”.

Hanno fatto il giro del mondo, le immagini dei carabinieri che interrompono la celebrazione di una messa in provincia di Cremona, episodio senza precedenti che purtroppo si è ripetuto più e più volte in queste settimane, su tutto il territorio nazionale, ove i celebranti ed i fedeli sono stati sanzionati dalle autorità, tanto da ricevere vasta eco di stampa anche all'estero, ove ha suscitato enorme scandalo. Un seguito sito statunitense, molto apprezzato dai circoli finanziari di *Wall Street* ha titolato: “*Welcome to Orwellian Italy 2020*”, evidenziando le molteplici similitudini tra il nostro attuale Governo e le giunte militari in passato alla guida di molte ‘repubbliche delle banane’ dell'America Latina.³⁰

Vicenda che ben difficilmente poteva anche essere solo ipotizzata all'inizio del mese di marzo, e che certamente non dovrebbe trovare ingresso in uno stato di diritto (evento a dir poco anomalo, che ci si aspetta in regimi comunisti come quello cinese o in Stati islamici, e non certamente in una democrazia parlamentare come dovrebbe essere la nostra).

³⁰ T. DURDEN, *Welcome to Orwellian Italy 2020*, in «Zero Hedge», <https://www.zerohedge.com/political/welcome-orwellian-italy-2020>, 22 aprile 2020.

Allo stesso modo, le limitazioni ed i divieti frapposti alle riunioni e agli assembramenti in luoghi pubblici o privati, costituiscono una palese violazione dell'articolo 11 della CEDU. Le disposizioni governative investono altresì in maniera più che palese e negativa sulla “*Libertà di espressione*”, di cui all'art. 10 della Convenzione europea.

Nella sostanza è stato introdotto un coprifuoco permanente che non ha precedenti neppure nel corso della seconda guerra mondiale, ove trovava applicazione solo nelle ore notturne. Su tale tipo di intervento, definito “*sunset clause*”, il Consiglio d'Europa ha sottolineato come non possa essere il Governo ad intervenire, ma debbano pronunciarsi le Camere per il tramite delle ordinarie procedure parlamentari.³¹

Conclusioni del tutto analoghe del resto, debbono formularsi per quanto attiene l'articolo 8 della Convenzione, laddove i provvedimenti governativi hanno colpito – come tutti noi ben sappiamo – anche gli aspetti più intimi delle nostre esistenze, potendosi perciò affermare che essi abbiano gravato in negativo sull'obbligo incombente sullo Stato di rispettare la vita privata e familiare di ogni singolo consociato. Si è addirittura giunti all'assurdo di non poter più accompagnare i familiari malati ad effettuare visite o andare a trovare i propri congiunti nelle residenze sanitarie per anziani.³² Da segnalare poi come gli interventi governativi contrastino con i principi di dignità dell'uomo e di libertà del “*pieno sviluppo della persona umana*” di cui all'articolo 3 della nostra Carta costituzionale. Il cd. “*distanziamento sociale*” è alienante e disumanizzante, producendo danni incalcolabili sul tessuto e la tenuta sociale, laddove continuerà ad essere osservato, cosa da temere perché gli ulteriori conati programmatici del Governo, ne fanno la base della ‘Fase 2’ della lotta alla pandemia.

Il rinvio della consultazione referendaria, come pure di quella inerente al rinnovo degli organi elettivi locali e regionali – non ha precedenti – manifestandosi come una violazione dell'art. 3 del Protocollo Addizionale alla Convenzione, rubricato “*Diritto a libere elezioni*”.

La sospensione delle attività delle scuole di ogni ordine e grado, delle università e degli istituti di istruzione superiore appare di tutta

³¹ Punto 2.2. dell'*Information document* citato.

³² Si veda l'art. 1, lett. l) e m) del DPCM del 4 marzo 2020.

evidenza lesiva dell'articolo 2 del Protocollo Aggiuntivo alla Convenzione europea dei Diritti dell'uomo, ove viene sancito il *“Diritto all'istruzione”*.

Non va poi sottaciuto che la sospensione delle attività lavorative, nonché la chiusura delle stragrande maggioranza delle imprese commerciali, professionali e del terziario – soprattutto allorquando l'adozione di particolari misure di profilassi avrebbe consentito la prosecuzione, magari in misura ridotta, del loro esercizio – costituisce una indubbia vulnerazione dell'articolo 1 del Protocollo Aggiuntivo alla CEDU che tutela il diritto di proprietà e la libertà di iniziativa economica dalle ingerenze dello Stato.

Si rende necessaria una ulteriore riflessione, giacché la disciplina emergenziale adottata, presenta diversi profili che paiono incompatibili con il principio di eguaglianza. Senza una ragione apparente e a parità di condizioni, per alcune attività o comparti non è stata disposta la cessazione dal lavoro, mentre altri sono stati invece costretti ad una inoperosità forzata, subendo nefaste se non addirittura definitive conseguenze in ordine alla loro stessa sopravvivenza. Da ciò si delinea una violazione del *“Divieto di discriminazione”* di cui al combinato disposto dell'art. 14 della CEDU e dell'art. 1 del Protocollo n. 12 alla stessa.

È dunque possibile sostenere che dal complesso di Decreti Legge, Ordinanze ministeriali e Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri sia scaturito una sistematica violazione dei diritti umani, con conseguente venir meno da parte dell'Italia a quanto prescritto nel Preambolo e nell'articolo 1 della Convenzione, che invece impongono a tutti gli Stati aderenti un obbligo positivo di tutela per i diritti fondamentali.

Comportamento quello del nostro Governo che va stigmatizzato perché l'Italia non ha notificato al Consiglio d'Europa, né tantomeno agli altri aderenti all'ordinamento convenzionale, alcuna deroga alla CEDU come invece tassativamente previsto dall'articolo 15, e soprattutto non si è attenuto alle raccomandazioni formulate dal Consiglio d'Europa per gestire la crisi epidemiologica, a principiarsi dal fatto che non è stato coinvolto se non in misura marginale il Parlamento, allorquando ai sensi del punto 2.4. delle Linee guida, era ineludibile per far fronte alla crisi sanitaria, nel rispetto dei diritti

fondamentali, l'intervento prioritario del consesso assembleare nella gestione dell'emergenza.

Vediamo invece se la condotta di altri paesi firmatari della CEDU, sia stata maggiormente conforme al dettato della Convenzione e rispettoso delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa per opporsi alla diffusione del virus e alla crescita dei contagi.

Occorre constatare che tra il marzo e l'aprile di quest'anno, numerosi Governi, in conformità con la lettera dell'articolo 15 della CEDU, hanno notificato al Segretariato Generale del Consiglio d'Europa, proprio nel contesto della crisi sanitaria dovuta al coronavirus, la proclamazione dello stato di emergenza, e la conseguente deroga da talune disposizioni garantite dalla Convenzione europea dei Diritti dell'uomo e dai suoi Protocolli. Tra questi spiccano numerosi paesi dell'Europa orientale e dei Balcani, come pure la Repubblica di San Marino.

Interessante notare come ordinamenti che non hanno una tradizione giuridica consolidata come la nostra, siano in realtà molto più attenti al rispetto dei diritti fondamentali che non ad esempio, il Governo guidato da Giuseppe Conte, che pure nominalmente si dice sensibile alle esigenze dei più derelitti.

Da un esame delle comunicazioni inviate al Consiglio d'Europa, ad esempio dalla Romania³³, dalla Serbia³⁴ o dall'Albania³⁵, ci avvediamo che gli esecutivi di tali nazioni abbiano rigorosamente improntato la propria condotta a quanto previsto dalla Convenzione europea, così come ai principi elaborati dalla Corte EDU in fattispecie analoghe.

Venivano infatti illustrate nelle note trasmesse a Strasburgo, i provvedimenti sino a quel momento adottati a livello interno per fronteggiare il virus, la costante crescita dei contagi e dei decessi nonostante le misure intraprese per contrastare il morbo, e conseguentemente l'esigenza di interventi più incisivi, che potevano gravare sul godimento dei libertà fondamentali tutelate a livello sovranazionale, venendo perciò ravvisata la necessità di derogare a

³³ Dichiarazione del Governo rumeno protocollata presso il Segretariato Generale del Consiglio d'Europa il 18 marzo 2020.

³⁴ Dichiarazione del Governo serbo protocollata presso il Segretariato Generale del Consiglio d'Europa il 6 aprile 2020.

³⁵ Dichiarazione del Governo albanese protocollata presso il Segretariato Generale del Consiglio d'Europa il 31 marzo 2020.

talune disposizioni contenute nella Convenzione. Erano altresì specificati i singoli diritti di cui si chiedeva una *exceptio*, e anche la durata di tale parentesi emergenziale, la cui vigenza era limitata ad un arco temporale abbastanza breve (30 gg.).

Quanto sopra costituisce la dimostrazione di come il Governo italiano abbia violato i diritti fondamentali della generalità dei cittadini.

Scarso pregio trovano pertanto le affermazioni del Presidente del Consiglio secondo cui la gestione a livello normativo e amministrativo dell'emergenza sanitaria sarebbe esente da critiche, come pure i pareri espressi da alcuni ex membri della Consulta, quali Gustavo Zagrebelsky, che ritiene l'operato governativo pienamente conforme alla Costituzione e rispettoso dei diritti fondamentali.³⁶

Trattasi di petizioni di principio non supportate da seri elementi logici e giuridici, ma solo da non condivisibili giustificazioni di carattere socio-politico.

Di fronte a violazioni tanto importanti sia di norme di rango costituzionale che sovranazionale, e ad un grave attentato alle prerogative parlamentari, sorprende pensare che l'opposizione – proprio in virtù del fatto che il DPCM è a tutti gli effetti un provvedimento amministrativo – non abbia impugnato neppure uno di questi Decreti in sede giurisdizionale, allorquando tale iniziativa avrebbe riscosso, a prescindere dal suo esito processuale, un ampio e generalizzato consenso tra i cittadini-elettori.

5. Conclusioni

La gestione della crisi sanitaria scaturente dal Coronavirus è sicuramente connotata da un certo avventurismo e da una notevole approssimazione, sintomatici di una *mala gestio* a livello politico, scientifico e giuridico del fenomeno.

Prova ne è che, come si evince dai vari Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri che si sono succeduti a cavallo tra il febbraio e l'aprile di quest'anno, si è passati da una fase ove si invitava ad “usare

³⁶ S. TRUZZI, Zagrebelsky: “Chi dice Costituzione violata non sa di cosa sta parlando”, in «Il Fatto Quotidiano», <https://www.ilfattoquotidiano.it/in-edicola/articoli/2020/05/01/zagrebelsky-chi-dice-costituzione-violata-non-sa-di-cosa-sta-parlando/5788193/>, 1 maggio 2020.

la mascherina solo se si sospetta di essere malato o se assiste persone malate” di cui all'allegato 4, lett. g) del DPCM 1° marzo 2020 – prescrizione ribadita nei successivi Decreti del 4 marzo 2020 (All. 1, lett. m) e dell'8 marzo 2020 – ad una dove l'uso di questi dispositivi di protezione era completamente omissivo, tanto che il DPCM del 10 aprile 2020 tra le “*Misure igienico-sanitarie*” si limita al riguardo a raccomandare nell'allegato 4, lett. h) di “*coprirsi bocca e naso se si starnutisce o tossisce*”, mentre nel successivo allegato 5, relativo alle “*Misure per gli esercizi commerciali*”, veniva previsto all'inciso 5 l’“*utilizzo di mascherine nei luoghi o ambienti chiusi e comunque in tutte le possibili fasi lavorative laddove non sia possibile garantire il distanziamento interpersonale*”.

Solo con il DPCM del 26 aprile 2020 – cioè a quasi tre mesi dalla proclamazione dell'emergenza sanitaria avvenuta con Delibera del Consiglio dei ministri del precedente 31 gennaio – si è provveduto ad inserire tra le “*Misure igienico sanitarie*” dell'allegato 4, il seguente capoverso: “*è fortemente raccomandato in tutti i contatti sociali, utilizzare protezioni delle vie respiratorie come misura aggiuntiva alle altre misure di protezione individuale igienico-sanitarie*”.

Aspetto quest'ultimo che dovrebbe essere approfondito sia a livello politico che giudiziario, soprattutto perché trattasi di un mero invito, allorché se la situazione sanitaria fosse talmente degradata dovrebbe invece costituire un obbligo giuridico, come il casco per chi va in moto!

Più che evidente come le dichiarazioni alla stampa, gli interventi alla televisione e le dirette sui *social networks*, il ‘sentito dire’ da quel ministro rispetto a quell'altro membro dell'esecutivo, abbiano ormai assunto, per l'attuale classe dirigente – e per i cittadini che ne subiscono i capricci – una funzione prescrittiva o quantomeno di interpretazione autentica che rasenta l'assurdo.

Ci troviamo ormai in una situazione ove l'incertezza giuridica e l'arbitrio rappresentano i pilastri di uno Stato che assume sempre di più le forme di una satrapia orientale, risultando improprio il richiamo alla dittatura laddove tale magistratura romana aveva ben altre

caratteristiche, ed il *summum imperium* del *dictator* era comunque sottoposto a rigidi paletti oltre ad essere limitato nel tempo.³⁷

La gerarchia delle fonti è stata completamente stravolta, per il tramite di una sorta di moderno *ukaz*, strumento certamente più consono ad un regime tirannico, che ad una democrazia che si vorrebbe parlamentare, potendo questa decretazione d'urgenza 2.0. per il tramite del DPCM e non del Decreto Legge essere considerata come un tentativo surrettizio di riformare in senso materiale la prassi costituzionale, introducendo un regime pseudo-presidenziale.

Né tantomeno il sovvertimento della legalità a cui continuiamo ad assistere può dirsi temperato dagli interventi della magistratura, anzi, tutt'altro!

Da una breve rassegna delle decisioni assunte da parte del Giudice Amministrativo in queste settimane di confinamento generalizzato – se si escludono rare eccezioni – la tendenza è quella di un sistema di potere che si va arroccando a scapito delle libertà individuali e collettive, giacché le claudicanti sanzioni comminate agli infelici che per i motivi più diversi si trovavano fuori casa hanno assai di rado trovato la censura da parte dei T.T.AA.RR. o del Consiglio di Stato.

Anzi tali plessi hanno dato prova della più totale misconoscenza della norma oltre ad una mancanza di umanità, che va biasimata perché assolutamente non condivisibile, né a livello morale, né tantomeno sotto il profilo giuridico.

Sintomatico di tale assunto risultano due decisioni, la prima resa dal TAR di Catanzaro³⁸ e l'altra dal Consiglio di Stato³⁹, aventi ad oggetto un *petitum* simile.

Nella prima, un coltivatore diretto chiedeva la sospensione cautelare dell'ordinanza comunale che gli impediva di lasciare la propria abitazione ed occuparsi del suo fondo, tuttavia il Giudice di I° grado non accordava la tutela invocata sostenendo che la tutela della salute della collettività era da considerarsi prioritaria su qualsiasi altro

³⁷ Per un esaustivo approfondimento su tale istituto romanistico, si rinvia a U. VINCENTI, *Ius publicum. Storia e fortuna delle istituzioni pubbliche di Roma antica*, Napoli, Jovene Editore, 2018, p. 49.

³⁸ TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, dec., 28 marzo 2020, n. 165 – Pres. Giancarlo Pennetti.

³⁹ Consiglio di Stato, Sez. III, dec., 17 aprile 2020, n. 2028 – Pres. Franco Frattini.

tipo di interesse. Nella seconda, il massimo plesso giurisdizionale amministrativo a cui era sottoposta una vicenda del tutto analoga statuiva che i ricorrenti non subivano alcun pregiudizio nelle more della pronuncia collegiale da parte del TAR, non dovendosi “*ritenere irragionevolmente compressi, per il periodo della emergenza, diritti, pur rilevanti e fondamentali, dei privati istanti in relazione ad esigenze ... che ovviamente possono essere regolate quanto ai tempi e criteri, nell’interesse collettivo sicuramente prevalente su quello individuale*”.

Tale granitico assunto, esternato in ambedue i Decreti cautelari, non tiene però conto di due circostanze dirimenti, che avrebbero dovuto invece condurre ad un accoglimento delle ragioni dei ricorrenti. Innanzitutto si segnala che l’art. 1, comma 1, n. 4 del DPCM 11 marzo 2020, specificava “*Restano garantiti ... l’attività del settore agricolo, zootecnico di trasformazione agro-alimentare comprese le filiere che ne forniscono beni e servizi*” (disposizione riprodotta in tutti i successivi Decreti). A ciò si aggiunga che anche laddove i ricorrenti si fossero recati sui fondi da loro coltivati solo per raccogliere prodotti per l’autoconsumo, tale condotta è a tutti gli effetti assimilabile al raggiungere un supermercato per fare la spesa (anzi è ancor più rispettosa delle prescrizioni di profilassi sanitaria a principiari dal cd. “*distanziamento sociale*”, in quanto non si sarebbero sicuramente ritrovati in un luogo chiuso o esposti ad ambienti promiscui).

Va peraltro posto in rilievo che diversamente opinando rispetto al G.A., più che evidente pare la sussistenza del *periculum in mora* (oltre al *fumus boni juris* per le ragioni poco sopra segnalate), in considerazione del fatto che le peculiarità delle lavorazioni agricole necessitano di una presenza costante sul fondo, ad esempio per irrigarlo o proteggerlo dai parassiti, è perciò indubbio che la mancata sospensiva dei provvedimenti amministrativi arrechi un pregiudizio grave ed irreparabile ai ricorrenti.

Parimenti da censurare, non solo in punto di diritto, pare il Decreto del TAR del Veneto, che ha rigettato la richiesta cautelare proposta avverso l’Ordinanza del Comune di Santa Giustina “*di chiusura temporanea dei cimiteri*” da parte di una donna che quotidianamente si recava al camposanto per raccogliersi sulla tomba del figlio prematuramente scomparso.⁴⁰

⁴⁰ TAR Veneto, Venezia, Sez. II, dec., 21 aprile 2020, n. 205 – Pres. Alberto Pasi.

Il G.A. concludendo per la piena legittimità del provvedimento della P.A. e l'insussistenza dei presupposti per l'accoglimento della sospensiva *ante causam* affermava che la ricorrente non poteva lamentare alcun pregiudizio in virtù del fatto che il lutto era risalente nel tempo e che ella aveva costantemente avuto accesso all'area cimiteriale in passato e perciò doveva ritenersi già soddisfatta da questa circostanza!

Più convincenti paiono invece due Ordinanze del TAR di Napoli, che hanno accolto le richieste di sospensiva proposte avverso provvedimenti di contestazione e di “*diffida e messa in quarantena*” comminati dalle FF.OO. (che peraltro ignorano come i diversi DDPCM annoverino senza distinzione nella nozione di “*abitazione*”, la residenza, il domicilio e la dimora).

Nel primo caso, il ricorso era stato incardinato da un uomo che seppur residente presso un altro indirizzo, coabitava con l'anziana madre non autosufficiente. Mentre questi ritornava presso l'abitazione materna dopo aver effettuato la spesa, veniva sanzionato dai Carabinieri che gli contestavano di essere uscito senza giustificato motivi e di trovarsi in un'area diversa rispetto a quella di pertinenza in base alle risultanze anagrafiche.⁴¹

Nel secondo giudizio, il ricorrente veniva sanzionato dalla Polizia municipale allorquando si stava recando presso l'Unicredit per svolgere delle operazioni. Il G.A. accertava la sussistenza di “*comprovate esigenze lavorative*” sottese al suo spostamento, accogliendo la domanda cautelare.⁴²

Innegabile come lo svolgimento delle più banali attività, sia ormai oggetto di un aberrante scrutinio da parte delle autorità che trasmoda nel ridicolo, il tutto sempre accompagnato da una sempre mutevole ma quanto mai inutile autocertificazione.

Vi è stata una profusione di mezzi senza precedenti ed uno sperpero di risorse che potevano essere sicuramente impiegate in maniera molto più oculata ed efficiente raggiungendo gli stessi, se non addirittura maggiori risultati.

Dai droni che sorvolano le nostre città e campagne (come se fossimo in Afghanistan), agli elicotteri che volteggiano a volo radente

⁴¹ TAR Campania, Napoli, Sez. V, Ord., 8 aprile 2020, n. 713 – Pres. Scudeller.

⁴² TAR Campania, Napoli, Sez. V, 8 aprile 2020, n. 714 – Pres. Scudeller.

su ogni quartiere (tanto che molti di noi hanno pensato di trovarsi in una scena del film *Apocalypse now* piuttosto che in Italia), alle decine di pattuglie dei vari corpi di polizia dispiegate in ogni centro di piccole, medie o grandi dimensioni, oltre all'immane *battage* mediatico in cui veniva esaltata l'importanza per il bene pubblico di tali iniziative, l'obliterazione più totale delle nostre libertà è stata accompagnata come in tutti i regimi autoritari da una retorica patriottica, neppure troppo accattivante.

Gli stretti legami tra il partito di maggioranza relativa – almeno nell'attuale Parlamento (cioè il M5S) – di cui il *Premier* è espressione, e la Repubblica Popolare Cinese, che potremmo definire utilizzando un termine giornalistico come un vero e proprio *flirt*, hanno forse indotto i responsabili politici di casa nostra ad adottare 'ricette' per vero assai discutibili non solo a livello giuridico, ma anche sanitario, pur di narcotizzare la vita pubblica del Paese, prendendo il gigante asiatico come modello? Sorprende avvederci che poco prima di questa immensa tragedia che ha colpito l'Italia ed il mondo tutto, l'attuale Governo era ad un passo dalla caduta, mentre ora, ogni possibile o futuribile crisi è rimandata verosimilmente *sine die*, laddove non intervengano fattori al momento imponderabili.

Desta sincera preoccupazione uno studio italo-cinese pubblicato sulla rivista *Science* il 29 aprile 2020 – che molto verosimilmente costituirà la base pseudo-scientifica per le prossime fasi del “*lockdown*” a cui saremo ‘condannati’ – in cui si sostiene come solo il perdurare del “*distanziamento sociale*” ed un inflessibile controllo da parte delle autorità sul rispetto di tali misure, potrà impedire una recrudescenza dei contagi.⁴³ Si resta davvero attoniti in merito ai suggerimenti avanzati in tale scritto, ove nella sostanza si raccomanda di precludere il più possibile i rapporti interpersonali che non siano strettamente necessari alle attività produttive. Ogni commento sul punto pare ultroneo!

La compressione sistematica dei diritti fondamentali dimostra come ci troviamo ormai in presenza di un consolidato deficit democratico, che tende sempre più ad aggravarsi, a cui si accompagna la marginalizzazione del diritto di difesa e dell'effettività della tutela

⁴³ J. ZHANG *et al.*, *Changes in contact patterns shape the dynamics of the COVID-19 outbreak in China*, in «Science», 10.1126/science.abb8001, 2020.

giurisdizionale (gli unici veri strumenti di resistenza contro il malgoverno), anche con l'avallo di numerose frange della magistratura, ove “la concezione di Stato troppo velocemente si riduce al sinallagma hobbesiano, basato sul timore, fra promessa di tutela e ubbidienza oppure sottomissione”.⁴⁴

Sarà ancora possibile arrestare l'affermazione di una nuova forma di governo, la “fobocrazia”⁴⁵ (ove il greco *fobos* assume il carattere di onnicomprensiva giustificazione), oppure dobbiamo arrenderci all'evidenza, e cioè che la stagione dei diritti sia finita per sempre?

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AA.VV. *Commentario breve alla Convenzione europea dei Diritti dell'uomo*, a cura di BARTOLE S., DE SENA P. e V. ZAGREBELSKY, Padova, CEDAM, 2012; AA.VV., *La Convenzione europea dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Commentata ed annotata*, a cura di DEFILIPPI C., BOSI D. e R. HARVEY, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017; BALDINI, *Globalizzazione, terrorismo internazionale e tutela della sicurezza: alla ricerca di un nuovo Leviatano?*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e Stato di diritto. Problematiche costituzionali*, Cassino, Università degli Studi di Cassino, 2005; Id. *Tirannia della sicurezza nello Stato costituzionale di diritto?*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e Stato di diritto. Problematiche costituzionali*, cit.; BARTOLE S. e R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 2008; CROCCO D. e J.P. DE JORIO, *Public Law and Administrative Law in the Italian legal system. Collected essays*, Napoli, Jovene Editore, 2019; DENNINGER E., *Dallo 'Stato di diritto' allo 'Stato di prevenzione' e l'autonomia della persona*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e Stato di diritto. Problematiche costituzionali*, cit.; DI CESARE D., *Fobocrazia*, in «L'Espresso», n. 12, anno LXVI, 15 marzo 2020; JULIEN C., *Libertés et terrorisme*, in «Le monde diplomatique», n. 11, 1977; PINNA P., *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè Editore, 1988; VINCENTI U., *Ius publicum. Storia e fortuna delle istituzioni pubbliche di Roma antica*, Napoli, Jovene Editore, 2018; ZHANG J. et al., *Changes in contact*

⁴⁴ E. DENNINGER, *Dallo 'Stato di diritto' allo 'Stato di prevenzione' e l'autonomia della persona*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e Stato di diritto. Problematiche costituzionali*, Cassino, Università degli Studi di Cassino, cit., p. 48.

⁴⁵ D. DI CESARE, *Fobocrazia*, in «L'Espresso», n. 12, anno LXVI, 15 marzo 2020, p. 7.

patterns shape the dynamics of the COVID-19 outbreak in China, in «Science», 10.1126/science.abb8001, 2020.

ABSTRACT

L'emergenza epidemiologica legata al coronavirus ha coinciso con una sospensione indefinita dei diritti fondamentali di ogni consociato. Le misure adottate dall'esecutivo sollevano più di qualche interrogativo sulla legittimità di tali provvedimenti palesemente contrari alla lettera e allo spirito della Costituzione e della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo.

Tale «stato di eccezione» che si profila permanente o quantomeno ad intermittenza, venendo imposte ai cittadini tutta una serie di gravose quanto inutili prescrizioni dal sapore orwelliano, pare davvero liberticida.

Come è stata affrontata a livello giuridico la diffusione della pandemia negli altri ordinamenti? Sono stati attuati interventi simili a quelli presi dal Governo italiano?

I numerosi Decreti Legge approvati e la pluralità di Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri introdotti nel giro di poche settimane possono astrattamente ritenersi compatibili con l'istituto di cui all'articolo 15 della CEDU?

The peaceful enjoyment of fundamental rights and freedoms has been in the last few weeks severely hindered by a number of measures adopted by Italian authorities to face the Covid-19 contagion. Were the former really necessary to “stem the tide”, or should they be considered as unreasonable and/or disproportionate?

Why has Italy avoided implementing the available Human Rights instruments to cope with the numerous political, social, legal and economic issues at hand, while the emergency provisions set under article 15 of the ECHR allowed a fair balance between the interests of the State and respect of individual rights and freedoms? Are temporary derogations insufficient for the present Cabinet, to deal with the virus, or are there ulterior motives behind the unprecedented decisions made by the Government?

Giurisprudenza annotata



Corte costituzionale – sentenza 21 febbraio 2019, n. 20 – *Presidente* Giorgio Lattanzi - *Redattore* Nicolò Zanon – R.A. (Avv.ti M. Grandi e S. Orlandi), Presidenza del Consiglio dei ministri (Avv. Stato G. Galluzzo).

GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE – ART. 14, COMMA 1° BIS E COMMA 1° TER, DEL DECRETO LEGISLATIVO 14 MARZO 2013, N. 33

È fondata la questione di illegittimità costituzionale di cui all'art. 14, comma 1-bis, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 nella parte in cui prevede che le pubbliche amministrazioni pubblicano i dati di cui all'art. 14, comma 1, lettera f), dello stesso decreto legislativo anche per tutti i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti, ivi inclusi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione, anziché solo per i titolari degli incarichi dirigenziali previsti dall'art. 19, commi 3 e 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

* * *

VINCENZO VISONE*

LA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. La doppia anima della sentenza n. 20 del 2019. - 2. Il merito del *decisum*: eccesso di trasparenza e difetto di ragionevolezza. - 3. Le diverse declinazioni del “diritto di accesso”. - 4. Le differenze fra accesso civico generalizzato e accesso classico e i diversi precipitati in tema di bilanciamento. - 5. L'*utilitas* di un accesso assunto nella sua balcanizzazione normativa nel rapporto antitetico tra privacy e trasparenza ubicato nella società della “indicizzazione” dei dati. - 6. Rito e merito: riflessioni conclusive su quanto conti la scelta del foro per le sorti del bilanciamento.

* Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.

1. *La doppia anima della sentenza n. 20 del 2019*

La sentenza del Giudice delle leggi n. 20 del 2019, che si è inteso approfondire in questa sede, consta di spunti di riflessione differenziati, i quali possono, dicotomicamente, essere aggregati in una *summa divisio*. Tale arresto pretorio, infatti, nel proprio *obiter dictum*, ha significato un ulteriore ed evoluto passaggio della sentenza n. 269/2017¹ in tema di doppia pregiudizialità, nonché ha vagliato e statuito in ordine alla legittimità costituzionale degli obblighi di pubblicazione, rimessi in capo alla P.A., di cui al d.lgs. n. 33/2013, così come modificato dal d.lgs. n. 97/2016.

In relazione alla *summa quaestio* della doppia pregiudizialità², la sentenza in commento ha attratto, alla stessa stregua della antesignana sentenza n. 269/2017, l'attenzione della dottrina³, la quale ha

¹ C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l' "obiter dictum" della sentenza n. 269/2017*, in Osservatorio sulle fonti, 2019 fasc.2; S. VANNUCCINI, *"Quis interpretabitur" nei casi di "doppia pregiudizialità"? La precisazione della Corte costituzionale nella sentenza n. 269/2017 e le reazioni della Corte di cassazione*, (Nota a C. Cost. 14 dicembre 2017, n. 269;), in La Comunità Internazionale, 2019, fasc. 1, pp. 55-80; M. CAREDDA, *Carta di Nizza e giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Note a margine della sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale*, in Diritto e società, 2018, fasc. 1, pp. 99-106; A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in Osservatorio sulle fonti, 2018, 3, p. 14. Disponibile a: <https://www.osservatoriosullefonti.it/>; F. S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in federalismi.it, 2018/4; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in Quaderni costituzionali, 2018, 1, pp. 197-201; S. CRISPINO, *Note a margine del dialogo tra le Corti dopo la sentenza 269/17: verso un maggiore protagonismo della Corte costituzionale?*, in Rassegna di diritto pubblico europeo, 2017, 2, pp. 245-265.

² Significativo in tal senso il contributo di M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale*, in Foro italiano, 1997.

³ G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte Costituzionale*, in federalismi, 2019, 10; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte Costituzionale*, in federalismi, 2019, 4; A. RUGGERI, *La consulta rimette a punti i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte Cost. sent. n. 20 del 2019)*, in Consulta online, 2019, 1; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte Costituzionale*, in AIC, 2019, 3; B. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in Questione Giustizia, 4 marzo 2019.

evidentemente colto i segni di una indefettibile *review* esegetico-costituzionale, operata dalla Corte, volta a delineare, con maggior dovizia, il rapporto tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale, ove mai fosse in discussione un diritto avente tutela costituzionale e parimenti conforto dalla Carta di Nizza, avocata pacificamente al fenomeno del diritto comunitario.

Dunque, riguardo al profilo di rito che occupa la sentenza n. 20/2019, la Corte costituzionale, in via successiva all'ordinanza del 19 settembre 2017 del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima *quater*⁴, è stata chiamata a dirimere l'incidentale questione di costituzionalità in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 117, primo comma, della Costituzione – quest'ultimo in relazione agli artt. 7, 8 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nonché agli artt. 6, paragrafo 1, lettera c), 7, lettere c) ed e), e 8, paragrafi 1 e 4, della direttiva 95/46/CE.

Il Giudice Amministrativo remittente ha, nel caso in esame, ritrovato un'antinomia tra i principi costituzionali menzionati, le norme della Carta di Nizza citate e pariteticamente rispetto ad alcune prescrizioni della direttiva 95/46/CE e gli obblighi di pubblicazione posti in capo ai dirigenti pubblici dettati dalla normativa sull'accesso civico (semplice), così come modificato dalla novella del 2016. Quest'ultima, infatti, ha imposto, in via ultronea, indifferentemente a qualsivoglia soggetto avente compiti dirigenziali, a qualsivoglia titolo, l'obbligo di ostendere una serie di informazioni reddituali e patrimoniali, parificandosi così la categoria dirigenziale latamente intesa alla *pars* politica, per la quale erano già previsti tali obblighi di pubblicazione.

In punto di rito, l'epifania della sentenza in commento sta nell'aver considerato, per un verso, in via estensiva l'indirizzo esegetico della rivoluzione copernicana inaugurata dalla Corte costituzionale nel 2017⁵,

⁴ Si veda il contributo di S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale è chiamata a giudicare la disciplina dell'accesso civico generalizzato* (Nota a ordinanza n. 9828/2017 del Tar Lazio), in *federalismi.it*, 21/2017.

⁵ Si cfr. R. ROMBOLI, *Dalla "diffusione" all' "accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro italiano*, 2018, p. I, c. 2231; C. SCHEPISI, *I futuri rapporti tra le Corti dopo la sentenza n. 269/2017 e il controllo erga omnes alla luce delle reazioni dei giudici comuni*, in *federalismi.it*, n. 22 del 2018, p. 3; G. SCACCIA,

espandendo al contempo il sindacato costituzionale anche a norme di diritto comunitario derivato e, d'altro canto, operando un temperamento rispetto all'esclusività dell'incidente di costituzionalità previamente affermata, in tal senso, concedendo spazi eventuali ad un successivo rinvio pregiudiziale sul medesimo ordito normativo.

Sia il diritto di accesso agli atti in disponibilità della P.A. e parimenti la tutela della *privacy*, quale diritto inalienabile della persona, sono sussumibili all'egida costituzionale, nonché alla copertura para-costituzionale offerta dalla Carta di Nizza. Quest'ultima, oggettivamente, mercé il proprio carattere ontologicamente assiologico⁶, ha così posto la stura ad un concorso di rimedi giurisdizionali. In tale intercapedine, la Corte costituzionale ha dunque abdicato al consolidato contegno marginalista⁷ e, proponendo prima, in termini di doverosità con l'*obiter* del 2017 e poi, in una sorta di dimensionamento interpretativo, con la sentenza n. 20/2019, ha addotto ragioni di opportunità piuttosto che di imperatività a sostegno della priorità dell'incidente costituzionale.

Il *pluris* integrato dalla sentenza quivi annotata si ritrova nell'aver preso in esame, sempre nell'opportuno e suggerito prioritario incidente di costituzionalità, ovviamente intrapreso dal Giudice remittente al quale la Corte non ha opposto una pronuncia di inammissibilità, anche norme di diritto comunitario derivato. Il Giudice delle leggi spiega - e giustifica - tale approntata scelta in ragione del fatto che le norme della direttiva 95/46/CE, precorritrice del Regolamento 676/16 in tema di

L'inversione della "doppia pregiudizialità" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi, in www.forumcostituzionale.it.

⁶ Cons. in dir. 2.1.: "Questa Corte (sentenza n. 269 del 2017) ha già rilevato che i principi e i diritti enunciati nella CDFUE intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri), e che la prima costituisce pertanto «parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale».

⁷ Tale contegno si ascrive al più ampio fenomeno di riscrittura dell'art. 134 Cost., attraverso un'estensione del sindacato costituzionale in rapporto ad una nozione di atto avente "forza di legge" letto sempre più in chiave sostanziale che formale. Si veda, in tal senso, l'opera di C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano 1964.

trattamento dei dati personali⁸, sono state considerate non nella loro genetica qualità di norme *self executing*⁹, bensì come elementi interconnessi con le prescrizioni della CDFUE, o meglio come criteri di interpretazione delle stesse¹⁰.

La questione squisitamente processualistica, oltre a concedere ampi spazi di opinione sulla marcata politicizzazione del ruolo della Corte, coltiva il dibattito intorno ai rapporti fra ordinamenti, nazionale e sovranazionale, nella dettagliata declinazione dell'interazione tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale. Peraltro, tale puntuazione sulla doppia pregiudizialità si riverbera anche nel merito, giacché l'assiologia scandagliata dalla Carta di Nizza e dall'esegesi comunitaria in tema di ponderazione tra *privacy* e lo strumento dell'*open data*¹¹ potrebbe

⁸ Si segnala in tema di rapporto tra GDPR e trasparenza amministrativa, il recente lavoro di T. TESSARO– M. BERTIN, *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, Maggioli Editore, 2019.

⁹ Si veda in tal senso il contributo di A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti Comparati* 3/2017.

¹⁰ Sempre con riguardo al punto 2.1 del *cons. in dir.* Ad ulteriore sottolineatura della "connessione" in parola, la Corte adduce la circostanza per cui i principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali, di cui alla direttiva 95/46/CE evocata in campo dal caso, si sono posti a "modello" di norme della stessa Carta di Nizza-Strasburgo, al momento della sua redazione, "e perciò partecipano all'evidenza della loro stessa natura, come espresso nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali" (punto 2.1).

¹¹ La *disclosure* amministrativa è stata una tematica sviluppata ampiamente dalla dottrina, pertanto, qui si richiamano *ex multis*, senza alcuna pretesa di esaustività i più recenti approdi, G. CARULLO, *"Open Data" e partecipazione democratica*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 3, pp. 685-70; E. D'ORLANDO, G. ORSONI, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: "Open Data" e algoritmi*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 3, pp. 593-617; D. U. GALETTA, *"Open Government", "Open Data" e azione amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 3, pp. 663-683; M. LANNA, *Règlement général sur la protection des données et "Open Data": enjeux et perspectives*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 3, pp. 701-714; F. SCIACCHITANO, *Disciplina e utilizzo degli "Open Data" in Italia*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, 1, pp. 34. Disponibile a: <http://www.medialaws.eu/rivista/disciplina-e-utilizzo-degli-open-data-in-italia/>; F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra "open" e "big data"*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 4, pp. 799-836; F. DI MASCIÒ, *Miti e realtà degli "open data" all'italiana*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 3, pp. 399-406; G. MODESTI, *"Open data" e "privacy" - La creazione di un programma aziendale per governare il processo di gestione dei dati*, in *Quaderni amministrativi*, 2016, 2-3, pp. 12-36. Disponibile a: [VINCENZO VISIONE | La trasparenza amministrativa al vaglio
della Corte costituzionale](http://www.csa-</p></div><div data-bbox=)

atteggiarsi in maniera differente rispetto all'orientamento costituzionale, determinando in tal modo una eventuale distonia sistemica. In tal senso, la diversa valutazione di tale bilanciamento potrebbe essere determinata dalla scelta meramente contingente, operata dal giudice *a quo*, tra l'incidente di costituzionalità oppure, in via alternativa, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Orbene, pur avvertendo che nel presente commento ci si soffermerà sul merito del *decisum*, debesi evidenziare come la questione di rito non possa essere, per certi versi che meglio si rappresenteranno, integralmente scissa dalla questione di merito. Di talché, appare comunque importante non trascurare il determinante rilievo che il bilanciamento costituzionale intervenuto tra trasparenza amministrativa e tutela della *privacy* involge, assiologicamente, anche il diritto comunitario, attesa la precipua tutela di matrice europea in tema di riservatezza, di cui il G.D.P.R. di cui al Regolamento 679/16 è emblema¹², e che la scelta tra previo incidente di costituzionalità e rinvio

torino.it; V. PAGNANELLI, *Accesso, accessibilità, "Open Data". Il modello italiano di "Open Data" pubblico nel contesto europeo*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2016, 31, pp. 205-215; G. ARMAO, *Considerazioni su amministrazione aperta e protezione dei dati personali*, in *Amministrativamente*, 2015, 3-4, pp. 8.

¹² Si veda, *ex multis*, C. PIERPAOLO, *Sperimentazione per evitare i rischi legati alla privacy* (L. 205/2017, articolo 1, commi 909 e successivi. Regolamento Ue 2016/679 del 27 aprile 2016), in *Guida al Diritto*, 2019, fasc. 2, pp. 20-22; F. CAGGIA, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel diritto europeo in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2019, fasc. 3, pt. 1, pp. 405-432; M. FORTI, *Le piattaforme "online" alla prova del Regolamento (UE) 2016/679. Quali tutele per la condivisione dei dati nell'economia collaborativa? Commento a reg. n. 679 del 2016*, in *Rivista di diritto dei media*, 2019, fasc. 2, pp. 174-189; A. M. GAMBINO, C. BOMPRESZI, *"Blockchain" e protezione dei dati personali*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, fasc. 3, pp. 619-646; E. A. ROSSI, *"Data protection" nei rapporti transnazionali tra imprese. Aspetti problematici della Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa e del regolamento (UE) 679/2016*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, fasc. 1, pp. 209-230; S. DI PIETRO, *La tutela della "privacy" tra esigenze di trasparenza e nuove regole di riservatezza*, in *Amministrativamente*, 2018, fasc. 9-10 pag. 22; L. FILIPPO, *Il ruolo del responsabile della protezione dei dati personali nella pubblica amministrazione alla luce del regolamento generale sulla protezione dei dati personali ne 2016/679 (Commento a Reg. UE 2016/679)*, in *Amministrativamente*, 2018, fasc. 7-8, p. 22; F. GIULIANO, *La regolazione amministrativa del trattamento dei dati personali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, fasc. 4, pp. 415 – 422; T. D'ONOFRIO, C. MACCULI, *La rivoluzione GDPR*, in *Corriere tributario*, 2018, fasc. 23, pp. 1838 – 1841; A. TORTORA, *Il nuovo regolamento europeo per la protezione dei dati (GDPR) e la figura del "data protection*

pregiudiziale potrebbe, in via tutt'altro che remota, incidere anche sull'esito sostanziale del bilanciamento da compiersi tra diverse e antitetiche situazioni giuridiche soggettive.

2. Il merito del decum: eccesso di trasparenza e difetto di ragionevolezza

La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019 si è espressa in materia di obblighi di pubblicazione posti in capo alla P.A., statuendo del difetto di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza di tali obblighi di pubblicazione posti in capo ai dirigenti pubblici, considerati dal Giudice delle leggi in evidente contrasto con i criteri innanzi menzionati e con la relativa disciplina della *privacy*.

La questione di legittimità costituzionale in esame ha ad oggetto il diritto di accesso civico (semplice) e i correlati obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni; tali oneri di evidenza pubblica di dati e informazioni della P.A. sono, per l'appunto, condizione indefettibile affinché possa essere realizzato l'anelito dell'*open government*¹³, strumentale ai fini della realizzazione di aspirazioni di democrazia partecipativa¹⁴ e di controllo diffuso dell'operato della P.A., preordinato a finalità di deterrenza della corruzione¹⁵.

officer" (DPO): incidenza sulla attività della pubblica amministrazione (Commento a reg. ue 2016/679), in *Amministrativamente*, 2018, fasc. 5-6, p. 19.

¹³ Si veda S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza* (Relazione al Convegno "Decisioni amministrative e processi deliberativi", Bergamo, 5-7 ottobre 2017), in *Istituzioni del Federalismo*, 2017, fasc. 4, p. 35; M. RENNA, S. VACCARI, *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. "open government"*, in *GiustAmm.it*, 2019, 1, pp. 13; E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione* "Tutti vogliono un posto al sole, ed in più, possibilmente, all'ombra" (Stanislaw J. Lec), in *Diritto Amministrativo*, 2019, n.3.

¹⁴ G. TERRACCIANO, *La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?) strumento di contrasto della corruzione*, in *Amministrativ@mente*, 2014, 11-12, pp. 10; J. MORAND-DEVILLER, *Vers une démocratie administrative délibérative. Consultation, concertation, participation*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2011, 12, pp. 4179-4187.

¹⁵ Si cfr. C. FILICETTI, *L'insostenibile "leggerezza" delle linee guida ANAC [Autorità Nazionale Anti Corruzione]*, in *GiustAmm.it*, 2019, fasc. 1, p. 8; G. D'URGOLO, *Trasparenza e prevenzione della corruzione nella p.a.: la recente introduzione del "freedom act of information" (foia) nell'ordinamento italiano*, in *GiustAmm.it*, 2017, fasc. 3, p. 14; N. PARISI, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma*

La Corte ha dichiarato illegittima la disposizione che estendeva a tutti i dirigenti pubblici gli stessi obblighi di pubblicazione previsti per i titolari di incarichi politici, residuando tale onere per i soli dirigenti apicali della P.A.¹⁶

La disposizione censurata non si limitava a chiedere di rendere visibili la dichiarazione dei redditi e dello stato patrimoniale soltanto “ai titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo di livello statale, regionale o locale”, ma la estendeva anche alla dirigenza pubblica, con riferimento all’interessato, al coniuge non separato e ai parenti entro il secondo grado, ove gli stessi vi avessero consentito¹⁷.

Sono diversi i profili di incostituzionalità rilevati dalla Corte nella sentenza in commento, tra i quali il vizio di ragionevolezza integratosi sulla scorta della paritetica e acritica considerazione dei dirigenti pubblici con i titolari di incarichi politici.

La mancanza di un distinguo, assente nella norma, tra due categorie ontologicamente agli antipodi è stata delibata in termini di incontrovertibile distonia con l’art. 3 della Costituzione; e ciò ha determinato, attraverso l’indiscriminata ed indifferenziata coazione alla generale pubblicazione dei dati, una biasimata assimilazione di

soprattutto prevenzione - (Relazione al “Secondo Incontro Nazionale con il responsabile della prevenzione della corruzione”, Roma, 24 maggio 2016), in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, fasc. 2-3, pp. 185 – 20; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giustizia civile*, 2015, fasc. 2, pag. 213 – 246.

¹⁶ In via ulteriore, il giudice *a quo* riteneva che andasse censurata anche la disposizione in cui si prevede che i pubblici uffici pubblichino sul proprio sito istituzionale “l’ammontare complessivo degli emolumenti percepiti da ciascun dirigente a carico della finanza pubblica” (art. 14, comma 1 –ter); tale censura non è stata vagliata dalla Corte in cagione di un constatato difetto di rilevanza, presupposto per l’ammissione al giudizio di incidentalità

¹⁷ La legge ricollegava alla mancata comunicazione di tali documenti una sanzione amministrativa pecuniaria a carico del singolo dirigente; il giudice remittente ha contestato la disposizione nella parte in cui stabilisce che: “le pubbliche amministrazioni pubblichino, per i dirigenti, i compensi di qualsiasi natura connessi all’assunzione della carica, gli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con i fondi pubblici” (art.14, comma 1, lettera c); “le dichiarazioni e le attestazioni, ovvero la dichiarazione dei redditi e quella concernente i diritti reali su beni immobili e su beni mobili iscritti in pubblici registri, le azioni di società, le quote di partecipazione a società, anche in relazione al coniuge non separato e ai parenti entro il secondo grado, ove essi vi acconsentano, dovendosi in ogni caso dare evidenza al mancato consenso” (art.14, comma 1, lettera f).

condizioni differenti per “*genesì, struttura, funzioni esercitate e poteri statali di riferimento*”, sussunti in via omnicomprensiva al medesimo regime ai soli fini della pubblicazione dei dati.

Ulteriore profilo di incostituzionalità di cui all’art. 3 Cost. è stato rinvenuto, inoltre, nella parificazione indiscriminata, in termini di trattamento dei dati, di tutti i dirigenti pubblici, circostanza che dimentica le sostanziali differenze sussistenti nell’ambito della dirigenza pubblica.¹⁸

Altro indizio di carenza di ragionevolezza della normativa è stato appurato dalla Corte nell’obbligo di pubblicazione *on-line* di dati reddituali e patrimoniali, comprensivi del possesso di beni immobili o mobili registrati, azioni, obbligazioni o quote societarie, con le disposizioni contenute negli articoli 7 *bis* e 9 del d.lgs. n.33/2013 in cui si fa esplicito divieto alle amministrazioni di disporre filtri o altre soluzioni tecniche atte ad impedire che i motori di ricerca possano indicizzarli o renderli non consultabili.

Una riflessione operata dalla Corte, che s’intende evidenziare, si sostanzia sulla scorta di un esplicitato scetticismo espresso in merito alla pubblicazione di una quantità incontrollata di notizie, la quale non è affatto sinonimo di maggiore conoscenza e conoscibilità dei dati. Infatti, l’eccesso di ostensione digitale di dati e informazioni si presta, agevolmente, alla manipolazione, alla distorsione dai fini a cui è preposta la trasparenza, ponendo la stura ad una “opacità per confusione”¹⁹, nella quale si orienterebbero solo i soggetti “complessi”, capaci cioè di elaborare dati sovrabbondanti ed eccessivamente diffusi, in grado di decodificare masse di dati presenti in rete.

Trattasi di una risultanza assolutamente biasimabile in quanto oggettivamente estranea ai propositi della trasparenza amministrativa²⁰,

¹⁸ La normativa contenuta nel d.lgs. n.33/13 e relative modifiche, infatti, non operava alcuna distinzione tra le diverse tipologie di dirigenza pubblica neanche con riferimento al grado di esposizione dell’incarico al rischio corruttivo e all’entità delle risorse pubbliche assegnate a un determinato ufficio della P.A.

¹⁹ Cons. di St., *Sez. consultiva per gli atti normativi, adunanza di sezione* del 18 febbraio 2016, numero affare 00343/2018.

²⁰ La riflessione qui enucleata ha quale fulcro centrale la nozione di trasparenza, la quale si riflette e dispiega nelle varie e frammentarie facoltà concesse al *civis* di conoscenza di dati e informazioni. La dottrina, seppur solo negli ultimi trent’anni, ha puntualizzato la propria attenzione su codesto tema; *ex multis*, A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell’arte e prospettive future*, in *Dir. amm.*,

che si ritroverebbe mortificata negli effetti e nella *ratio* che la sostengono. L'obiettivo di un consapevole ed utile *open data*, sovrastruttura di un procedimento di *open government*, è realizzabile soltanto attraverso una semplicità di comunicazione e di linguaggio, invocandosi così una razionalizzazione dei dati al fine di evitare che, nei meandri di un profluvio di informazioni, si determini uno sviamento delle finalità a cui tende la trasparenza²¹.

La massima espressa dalla Corte costituzionale non può essere intesa come una rivincita della riservatezza sulla trasparenza, giacché tale rapporto osmotico vive di un perpetuo fenomeno di bilanciamento, nel quale la proporzionalità, la pertinenza, la stretta necessità e la non eccedenza della fruizione di dati personali da parte dell'operatore pubblico sono il *leitmotiv* che contrassegna ed equilibra le diverse esigenze in rilievo.

Tali criteri debbono, quindi, qualificarsi come inderogabili per regolare il rapporto trasparenza-*privacy* e le forme di ostensione e di pubblicità suggerite dall'esigenza di trasparenza.

Tale istanza civica a conoscere si confronta con quella che è stata definita, correttamente, l'agorà digitale, ove si sovrappongono pericoli e opportunità²²: in tale spettro digitale²³, la *privacy* del soggetto è esposta al rischio di indebita ingerenza²⁴ a causa della circolazione di una

2018, p. 311; M. C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 121 ss.; A. NATALINI – G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015; P. CANAPARO, *I contenuti inderogabili e discrezionali della trasparenza amministrativa e le misure di garanzia*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2014, n. 5, pp. 25 ss.; M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. IV, Milano, 2000, p. 2.

²¹ I. A. NICOTRA, *La trasparenza e la tensione verso i nuovi diritti di democrazia partecipativa*, in *L'autorità nazionale anticorruzione*, pp. 144 ss.

²² I. A. NICOTRA, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in *Federalismi.it* 7/2019.

²³ J. L. A BECCARA, S. GIRELLA, S. LEUCCI, *Pubblica amministrazione e protezione dei dati personali nelle "nuvole": criticità e soluzioni - the public administration and personal data protection in the "cloud". critical issues and solutions*, in *Informatica e diritto*, 2014, fasc. 2, pp. 21 – 46.

²⁴ Si veda G. MODESTI, *"Open data" e "privacy" - la creazione di un programma aziendale per governare il processo di gestione dei dati*, in *Quaderni amministrativi*, 2016, fasc. 2-3, pp. 12 – 36; S. VACCARI, *Il difficile bilanciamento tra "favor" per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel d.lgs. 33/2013, (Intervento all'incontro del Gruppo San Martino sul tema "La visibilità del potere. Gli obblighi di trasparenza tra pubblicità, accesso e 'open data'")*, Palermo,

quantità indiscriminata di notizie e degli strumenti che la stessa rete fornisce per manipolare, divulgare, estrapolare dati²⁵.

In questo modo, il congegno normativo – ad avviso del Giudice delle leggi – è doppiamente lesivo della previsione contenuta nell’art. 3 Cost., sia del principio di ragionevolezza, sia del principio di eguaglianza, nella parte in cui obbliga tutti i titolari di incarichi dirigenziali, senza alcuna distinzione fra di essi, a pubblicare le dichiarazioni e le attestazioni di cui alla lettera f) del 1° comma dell’art.14 del d.lgs. n. 33 del 2013.

Secondo la Corte, la violazione dell’art. 3 Cost. si sostanzia, in primo luogo, nell’irragionevole scelta di imporre alla totalità dei dirigenti un obbligo di pubblicazione integrale, ravvisandosi, di talché, una manifesta sproporzione della misura rispetto ai fini perseguiti, laddove essa si applica senza *discrimen* alcuno ai titolari di incarichi dirigenziali. In merito, la Corte ricorda come l’Autorità Nazionale Anticorruzione abbia avvertito, da subito, l’esigenza di una correzione della nuova disciplina, consapevole della necessità che per la modifica dovesse intervenire la norma primaria²⁶: con riguardo all’inclusione dei dirigenti tra i soggetti tenuti ad osservare gli obblighi dell’art.14, l’Autorità anticorruzione ha, fin dall’inizio, “*espresso le proprie perplessità, in ragione del*

10-12 aprile 2014), in *Il diritto dell'economia*, 2015, fasc. 1, pp. 151 – 178; E. CARLINO, *Le linee guida del garante: protezione dei dati e protezione dell'opacità (Commento a provv. Autorità garante protezione dati personali 15 maggio 2014)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, fasc. 11, pp. 1113 – 1121; G. MANCOSU, *La transparence publique par l'ouverture des données personnelles? focus sur les systèmes juridiques italien et français - (Intervento al seminario "Open Data & données personnelles. Perspectives scientifiques", Parigi, 12 novembre 2013)*, in *federalismi.it*, 2014, fasc. 3, p. 2.

²⁵ B. CARAVITA, *Il consenso ai tempi dei social*, in *Federalismi.it*, del 7/2018.

²⁶ Si veda, Atto di segnalazione n. 6 del 20 dicembre 2017, l’Anac rilevò “*che l’aver previsto per i titolari degli incarichi dirigenziali gli stessi obblighi di pubblicazione stabiliti dall’art. 14, 1° co. per i titolari di incarichi politici e tra questi in particolare l’obbligo di rendere le dichiarazioni sulla situazione patrimoniale, rischia di rendere più gravosi gli adempimenti in capo alle amministrazioni a fronte di un risultato, in termini di maggiore trasparenza, certamente trascurabile, tenuto conto che viene anche previsto l’obbligo per ciascun dirigente di comunicare gli emolumenti percepiti a carico della finanza pubblica*”. Infatti, sebbene, l’Autorità preposta a presidiare la corretta attuazione della trasparenza avesse provveduto all’adozione di linee guida *ad hoc*, volte a fornire indirizzi interpretativi ed applicativi, permanevano – ad avviso della stessa Anac – “*questioni aperte e lacune normative che meritano di essere evidenziate, anche in vista di correttivi per una maggiore efficacia delle normative vigenti in materia di trasparenza*”.

*carattere indifferenziato dell'estensione a tutti i dirigenti prescindendo dalla funzione svolta*²⁷.

La crisi di equilibrio tra la normativa in tema di trasparenza e l'eccesso di ostensione dei dati personali dei dirigenti pubblici, è confermata dal modesto risultato prodotto dalla massiccia pubblicazione dei dati e dal grado di informazione effettiva resa al cittadino; la sproporzione è rilevata anche rispetto alle finalità anticorruptive, giacché, come ribadito dalla Corte, la pubblicazione di quantità massicce di dati non agevola la ricerca di un'informazione corrispondente al vero, in funzione di prevenzione, proprio per la mancata irragionevole selezione "a monte" del ventaglio di informazioni utili a tale fine.

L'affievolimento di protezione di un diritto costituzionale non è, nel caso sottoposto al vaglio della Corte, accompagnato da un aumento di protezione di un altro interesse di eguale rilievo, generandosi così un disequilibrio contrario alla logica del bilanciamento, in cui *"non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di un altro interesse di pari rango"*²⁸.

Per un verso, le modalità di pubblicazione imposte dal decreto legislativo aggravano il carattere *"già in sé sproporzionato dell'obbligo"*; per altro verso, l'indicizzazione e la libera rintracciabilità sul web rischiano di *"stimolare forme di ricerca ispirate unicamente dall'esigenza di soddisfare mere curiosità"*²⁹.

Vi è il rischio di favorire, anziché il diritto a conoscere³⁰, una sorta di "voyerismo digitale" e nello stesso tempo di alimentare la diffidenza nei confronti della P.A.³¹

²⁷ Così, testualmente, *Anac, Atto di segnalazione n. 6, cit.*

²⁸ Nel caso in esame, *"per converso, alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa indotta dalla norma censurata non corrisponde, prima facie, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini"*, così, Corte Cost. sent. n.143 del 2013.

²⁹ Corte Cost. sent. n. 20, cit., 5.3.1 del *Considerato in Diritto*.

³⁰ In tal senso, si veda il recente contributo monografico, A. M. LIGRESTI, *Il "diritto all'informazione"*, Editoriale Scientifica, 2020.

³¹ M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013, p. 670; sul difficile rapporto tra trasparenza e riservatezza, v. anche R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione, 10 lezioni*, Milano, 2018, pp. 106 e 107.

Nel rispetto del principio di proporzionalità, la legge dovrebbe introdurre una graduazione delle modalità per reperire in rete le informazioni tramite motori di ricerca, al fine di evitare – come ha esattamente messo in luce il Garante per la protezione dei dati personali – che la “trasparenza dell’amministrazione si tramuti nella trasparenza delle persone”⁶².

La medesima preoccupazione è condivisa dalla Corte europea dei diritti dell’uomo secondo cui il trattamento dei dati personali deve ricevere adeguata protezione da ingerenze eccessive da parte di soggetti esterni e l’interesse pubblico all’accesso dei dati non può essere ridotto alla “*sete di informazioni*” sull’altrui vita privata³³. In tale prospettiva, quindi, la garanzia del diritto alla vita privata ammette deroghe o limitazioni alla protezione dei dati personali soltanto nella misura in cui le stesse siano strettamente necessarie³⁴.

Sulla scorta di una “strabordanza” di trasparenza e un rilevato difetto di ragionevolezza, la Corte costituzionale è dunque giunta alla condivisibile cassazione degli obblighi di pubblicazione, posti in capo ai dirigenti pubblici, di cui all’art. 14 lett. f) del d.lgs. n. 33/2013, facendo salvi tali oneri solo per i dirigenti aventi ruoli di carattere apicale, per i quali ha ritenuto di apportare un giusto distinguo, quale *species* particolare del *genus* della dirigenza pubblica³⁵.

³² Così si è espresso il Garante per la protezione dei dati personali, *Parere su uno schema di decreto legislativo concernente la revisione e semplificazione delle disposizioni di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza*, Registro dei provvedimenti n. 92 del 3 marzo 2016, par.7.

³³ Corte Edu, Grande Camera, sentenza 16 febbraio 2000, *Amann contro Svizzera*; sentenza 8 novembre 2016, *Magyar contro Ungheria*.

³⁴ Cfr. O. PREVOSTI, *Tutela della privacy come presupposto della libertà: due recenti sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea a difesa della riservatezza individuale*, in *Rivista AIC*, 2014, p. 10 e 11.

³⁵ Si riporta l’eloquente chiosa al punto 6 del *considerato in diritto* della pronuncia in rassegna: “Nondimeno, occorre assicurare, allo stato, la salvaguardia di un nucleo minimo di tutela del diritto alla trasparenza amministrativa in relazione ai dati personali indicati dalla disposizione censurata, in attesa di un indispensabile e complessivo nuovo intervento del legislatore. Da questo punto di vista, l’art. 19 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), nell’elencare gli incarichi di funzioni dirigenziali, ai commi 3 e 4 contiene indicazioni normative che risultano provvisoriamente congruenti ai fini appena indicati. Tali commi individuano due particolari categorie di incarichi dirigenziali, quelli di Segretario generale di ministeri e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali (comma 3) e quelli di funzione dirigenziale

3. Le diverse declinazioni del “diritto di accesso”

Il tema della trasparenza amministrativa³⁶, nella declinazione sia pro-attiva posta in capo alla P.A. di ostensione obbligatoria di atti così come *ex lege* prescritto sia nell’attività re-attiva, ovvero sia di risposta alle richieste di esibizione e rilascio copie formulate dal *civis*, è da considerarsi in termini di vera e propria endiadi con l’ulteriore *sub*-argomento dell’accesso ai dati, informazioni e documenti detenuti dalle P.A.

Non è data facoltà di scindere, in una sorta di ingegneria giuridica fine a sé stessa, il principio di amministrazione trasparente, assunta nella sua veste ormai digitalizzata, e la riflessione sull’ordito normativo disciplinante le differenti forme di accesso, procedimentale, civico semplice e civico generalizzato.

Pertanto, si rende opportuno spiegare una sinossi delle tre forme di accesso, segnalandone la differenza di *ratio*, spirito e le congruità sostanziali riscontrate. È d’uopo, comunque, premettere che tale catalogazione di forme di accesso non è stata fagocitata dall’introduzione del sistema F.O.I.A.

Punto di partenza per il nostro discorso non può che essere il diritto di accesso cosiddetto “documentale”, sussunto alle norme di cui all’ art. 22 ss. della L. n. 241/1990, il quale, all’indomani della novella legislativa

di livello generale (comma 4). Le competenze spettanti ai soggetti che ne sono titolari, come elencate al precedente art. 16 del d.lgs. n. 165 del 2001, rendono manifesto lo svolgimento, da parte loro, di attività di collegamento con gli organi di decisione politica, con i quali il legislatore presuppone l’esistenza di un rapporto fiduciario, tanto da disporre che i suddetti incarichi siano conferiti su proposta del ministro competente. L’attribuzione a tali dirigenti di compiti – propositivi, organizzativi, di gestione (di risorse umane e strumentali) e di spesa – di elevatissimo rilievo rende non irragionevole, allo stato, il mantenimento in capo ad essi proprio degli obblighi di trasparenza di cui si discute”.

³⁶ In tema, quale riferimento bibliografico di assoluto valore si veda G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI, F. MERLONI (a cura di), *Trasparenza Amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; nonché tra i contributi recenti, D. MASTRANGELO (a cura di), *La trasparenza amministrativa. Aspetti e problemi*, Aracne, 2019; A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018; D. ALFONSI, *Trasparenza amministrativa. Un diritto in via di informazione*, Editoriale Scientifica, 2018.

del 2005³⁷, ha smarrito del tutto l'ambizione civica che appartenne alla Commissione Nigro³⁸. Nel comma 1 dell'art. 22, infatti, è stato cassato il riferimento all'accesso come strumento di trasparenza e gli interessati vengono identificati come *"i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"*. Tale riformulazione normativa, d'altronde, assurge quale *ius receptum* di una giurisprudenza ormai consolidata e granitica nell'inquadrare la possibilità di accesso, inteso in termini di estrazione e ostensione di atti amministrativi subordinata alla sussistenza di una situazione giuridica qualificata e differenziata ascritta all'istante.

L'accesso ai sensi della legge n. 241 del 1990, così come innovato, ha eliso del tutto i propositi di trasparenza amministrativa, assumendo i connotati di una potestà posta in capo a coloro i quali vantano una posizione giuridica soggettiva qualificata e differenziata (interesse diretto, concreto e attuale); sicché, esso arretra sotto il profilo dei propositi civici di trasparenza, assurgendo a mero strumento defensionale e di tutela del proprio perimetro giuridico³⁹.

Il fine della trasparenza dell'azione amministrativa è stato nuovamente riesumato dal d.lgs. n. 195/2005⁴⁰, avente ad oggetto l'accesso agli atti riguardanti un'informazione di carattere ambientale disponibile presso la P.A., il primo vero tentativo di superare, nell'ottica della trasparenza, i limiti contrassegnanti il diritto di accesso prescritti dalla l. n. 241/1990.

Di talché, seppur iniziata sul particolare campo della materia ambientale, la trasparenza amministrativa concepita, almeno in potenza e nelle intenzioni, quale completa *disclosure* al pubblico è stata però

³⁷ Legge 11 febbraio 2005, n. 15.

³⁸Essa, nella formulazione originaria della legge sul procedimento amministrativo, aveva inquadrato il diritto di accesso quale strumento: *"al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale"*, *"a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti"*.

³⁹ Si veda in tal senso D. U. GALETTA, *Transparency and Access to Public Sector Information In Italy: a Proper Revolution?*, in *Italian Journal of Public Law*, 2014/2; ID., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *federalismi.it*, 2016/5.

⁴⁰ Adottato per dare trasposizione alla direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale.

“sacramentata” solo con il d.lgs. n. 150/2009 (c.d. decreto Brunetta); in esso, infatti, la trasparenza viene finalmente declinata come “... *accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni*”, con la dichiarata finalità di “... *favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità*”.

Innegabile è il peso valoristico del citato d.lgs. n. 150/2009, propenso a riconoscere l'esistenza di una sorta di “diritto a conoscere del cittadino”, che gode *uti civis* di una posizione giuridica qualificata ad ottenere informazioni pubbliche, dichiaratamente volta - diversamente da quanto previsto per il diritto di accesso agli atti della l. n. 241/1990 - a favorire quel controllo generalizzato sull'operato delle pubbliche amministrazioni, espunto dalla prescrizione di cui all'art. 24, co. 3, della l. n. 241/1990.

Ciò nondimeno, ragionando sul testo costituzionale, è oggettivamente assente un esplicito riferimento ad un diritto ad essere informato, quale estrinsecazione passiva della libertà di espressione di cui all'art. 21 Cost., al contrario di quanto prescritto in altri orditi costituzionali più recenti di Paesi aventi ontologie storiche, giuridiche e sociali piuttosto simili al nostro⁴¹; di converso, l'appiglio costituzionale di maggiore aderenza ai fini della trasparenza amministrativa resta comunque l'art. 97, che rimanda a fini di partecipazione democratica, ma il cui *vulnus* principale, sistematicamente richiamato dalle normative nazionali e sovranazionali di FOIA, è di deterrenza alla corruzione e allo sviamento del potere volta a garantire il buon andamento e l'imparzialità della P.A.

La duplice finalità del decreto Brunetta, garanzia dell'efficienza della P.A. per il tramite della trasparenza sulle *performance* dell'amministrazione e dei servizi pubblici e prevenzione della

⁴¹ F. LOMBARDI, *Spunti di riflessione sulla problematica applicazione delle diverse tipologie di accesso. Il possibile insegnamento derivante dall'esperienza spagnola*, in *Federalismi*, 22/18. In Spagna, il diritto di accesso ha poi trovato esplicito riconoscimento costituzionale nell'art. 105, lett. b), della Carta del 27 dicembre 1978, che ha segnato il passaggio dal regime franchista al sistema democratico; in specie la disposizione ha riconosciuto in via generalizzata l'accesso a tutti i cittadini (e non solo ai soggetti interessati al procedimento) agli archivi e registri amministrativi (eccezion fatta per ciò che riguarda la sicurezza e la difesa dello Stato, l'accertamento dei reati e la riservatezza delle persone), attribuendo alla legge il compito di regolarne compiutamente l'esercizio.

corruzione, è seguita solo in parte dal d.lgs. n. 33/2013, il quale antepone prioritariamente - in base alla legge delega n. 190/2012 - la prevenzione e la repressione dell'illegalità nell'amministrazione⁴².

L'accesso civico nella sua versione primigenia (detto "proprio" dalla dottrina e "semplice" dalla giurisprudenza) lascia insoddisfatti alcuni *desiderata* dell'ideologia della trasparenza.

Al fine di colmare la genetica incompletezza dello schema normativo di cui al d.lgs. n. 33 del 2013, è stato introdotto nel nostro ordinamento l'accesso civico generalizzato, con un'addizione normativa di cui al d.lgs. n. 97 del 2016, che pone non poche problematiche di coordinamento con il testo partorito *ab origine* dal legislatore nel 2013; esso è riverbero della velleità nostrana di munirci, al pari delle "meglio" democrazie occidentali, del sistema di *Freedom of Information Act* (c.d. FOIA) di ispirazione statunitense.

Tale inedito normativo, tra le sue muse ispiratrici, non annovera esclusivamente l'anelito di *"favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo di risorse pubbliche"*, bensì anche l'obiettivo di *"tutelare i diritti fondamentali"*⁴³.

Questa importante precisazione inserita nell'art. 1, comma 1, prelude a quella che è la vera novità della riforma Madia e di cui lo schema di decreto è latore⁴⁴.

⁴² Secondo il d.lgs. 33/2013, le pubbliche amministrazioni sono tenute ad adempiere agli obblighi sulla trasparenza previsti dal decreto (e riguardanti tutta la loro attività) attraverso l'uso dello strumento principe del "sito istituzionale" di ogni singola amministrazione, sul quale ogni utente può ricercare tutte le informazioni inerenti all'attività e all'organizzazione degli enti senza la necessità di autenticarsi o essere in qualche modo identificato; le suddette informazioni devono essere infatti pubblicate nella home page dei siti istituzionali, all'interno della sezione "Amministrazione trasparente".

⁴³ Di quali diritti fondamentali lo riferisce poi il successivo comma 2 dell'art. 1, permaso immutato, che afferma che la trasparenza *"... è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino"*.

⁴⁴ Si tratta di una vera e propria ridefinizione dell'oggetto del d.lgs. n. 33/2013, che aggiusta opportunamente il tiro rispetto alla identificazione delle modalità di attuazione del principio di trasparenza. Mentre, infatti, secondo la versione originaria del d.lgs. n. 33/2013 oggetto della disciplina sono gli *"obblighi di trasparenza concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni"*, il nuovo comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 33/2013, come modificato dal d.lgs. n. 97/2016, recita che *"Le disposizioni del"*

In dottrina, questo passaggio di testimone tra i due valori-scopo perseguiti dall'accesso civico (semplice) e generalizzato⁴⁵ è stato ieraticamente considerato come tappa segnante la trasposizione delle finalità della trasparenza, passata dal desio di ottenere la pubblicazione di documenti in possesso della pubblica amministrazione (mettendo così in atto vere e proprie forme di “voyerismo amministrativo”⁴⁶), a quello di garantire la libertà di accesso a dati e documenti.

Nel commentare l'ordito normativo concernente l'accesso e di rimando la trasparenza amministrativa, preme sottolineare che la risultanza conclusiva di un percorso normativo inaugurato con la legge n. 241 del 1990 ha recuperato, almeno nelle affermazioni di principio, l'*animus* della Commissione Nigro, la quale avanzava l'idea di una pubblica amministrazione quale “casa di vetro”, celebre locuzione di Filippo Turati, “*all'interno della quale cioè tutto è sempre e costantemente visibile*”⁴⁷.

Come già anticipato, l'accesso procedimentale (o classico, che dir si voglia) era oggettivamente rassomigliante all'odierno accesso civico generalizzato, sulla scorta di una legittimazione conferita al *quisque de populo* (indi in difetto di precipua titolarità di posizione soggettiva qualificata)⁴⁸.

presente decreto disciplinano la libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, garantita, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, tramite l'accesso civico e tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la loro realizzazione”.

⁴⁵ Così come segnalato dal Consiglio di Stato nel suo parere che “Il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (*from need to right to know*, nella definizione inglese F.O.I.A) rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine, cara a Filippo Turati, della Pubblica Amministrazione trasparente come una ‘casa di vetro’”. Così parere del Consiglio di Stato n. 515/2016 cit., p. 77.

⁴⁶ D. U. GALETTA, *Alcuni recenti sviluppi del diritto amministrativo italiano (fra riforme costituzionali e sviluppi della società civile)*, in *Giustizia amministrativa* (www.giustamm.it), Anno XI, Giugno 2014.

⁴⁷ Così M. CLARICH, *Trasparenza e diritti della personalità amministrativa*, in <http://www.giustiziamministrativa.it>, link “studi e contributi”.

⁴⁸ Si veda l'art. 22, primo comma, testo originario legge 241/1990: “Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge”. Si noti

La nemesi normativa integratasi, preso in esame il testo originario della legge 241 del 1990, riposa sull'assoluta comunanza di ragioni tra la commentata formulazione di legge dell'accesso documentale di prima stesura e l'accesso civico generalizzato, i quali condividono la concezione della partecipazione democratica attiva⁴⁹ e, quindi, l'esplicitarsi della potestà pubblica come l'approdo finale di un potere pubblico pensato con una minorata autoritatività ed una contestuale concertazione col cittadino.

Tale ridefinizione del rapporto pubblico potere-*civis*⁵⁰ assume, quale elemento-presupposto, la piena e soddisfacente conoscenza dell'azione amministrativa; specularmente, l'accesso quale espressione o manifestazione empirica del principio di trasparenza diviene il postulato cardine della tanto agognata evoluzione del sistema democratico, basato sulla scienza compiuta del cittadino riguardo al *facere* della P.A.

Al netto della commentata similitudine dell'*humus* ideologico posto alla base delle due normative, non può trascurarsi il ruolo della tecnologia, volano e semplificazione materiale delle trasmissioni di banche dati ed informazioni, rese disponibili dalla P.A. e che, anche attraverso un'attività di organizzazione dei siti delle varie amministrazioni pubbliche e la relativa e prescritta indicizzazione, sono di facile reperimento e procacciamento per l'utente-cittadino.

ancora, sempre nella versione originaria della legge 241, il primo comma dell'art. 26 già prevedeva che dovessero esser "pubblicati, secondo le modalità previste dai singoli ordinamenti, le direttive, i programmi, le istruzioni, le circolari e ogni atto che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti di una pubblica amministrazione ovvero nel quale si determina l'interpretazione di norme giuridiche o si dettano disposizioni per l'applicazione di esse". Tale disposizione verrà poi esplicitamente abrogata dal d. lgs. 33/2013, poiché il suo contenuto normativo confluisce nella più ampia disciplina del diritto di accesso civico semplice da quest'ultimo recata.

⁴⁹ Recenti contributi in tema di partecipazione attiva e diretta dei cittadini a cui si rimanda A. MORELLI, *Introduzione. Rappresentare, partecipare, governare: quale futuro per il modello democratico?*, in A. MORELLI (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Milano, Giuffrè, 2015, nonché M. DELLA MORTE, *Quale futuro per la rappresentanza politica?*, Milano, Giuffrè, 2015. Inoltre, richiamo doveroso è da farsi al contributo non più recente ma pur sempre attuale di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Vita e Pensiero, 2006 (lavoro monografico la cui prima pubblicazione risale al 1994).

⁵⁰ Si cfr. in tal senso il contributo di A. CLINI, *Freedom of Information Act: pubblicità e trasparenza nei rapporti tra cittadini e P.A.*, in *dirittoaccesso.it*.

Orbene, la parcellizzazione delle diverse forme di accesso è stata diversamente opinata in dottrina, come un'architettura giuridica che nel suo complesso è artificio pleonastico in grado di complicare la semplicità⁵¹, oppure, salacemente, come percorso che ha posto fine alla trasparenza di Bertoldo⁵², o ancora, in toni allarmistici, quale trasparenza delle persone piuttosto che della P.A.⁵³; a parere di chi scrive, non conoscendone il grado di intenzionalità, il legislatore, pur peccando di scarsa intelligibilità, ha offerto una sistemazione triadica che, nonostante la intrinseca complessità, si presta ad essere maggiormente sensibile ad un problema attuale, trattato precipuamente nella sentenza n. 20/2019, qual è la garanzia della *privacy* che patisce sicuramente delle conseguenze connesse all'*open data*, consacratosi nel nostro ordinamento con l'introduzione del *Freedom of Information Act*.

4. *Le differenze fra accesso civico generalizzato e accesso classico e i diversi precipitati in tema di bilanciamento*

Se da un lato la Corte con la sentenza n. 20/2019 ha ristabilito un equilibrio tra *privacy* (dei dirigenti pubblici) e gli oneri imposti di cui all'accesso civico (semplice), rilevando nell'esperito, a monte, sindacato del legislatore un polisemico vizio di ragionevolezza, è altrettanto attuale, per le medesime esigenze di temperamento tra riservatezza e trasparenza, soffermarsi sui limiti imposti dal legislatore all'accesso civico generalizzato.

Se rispetto alla normativa sulla quale è intervenuta la Consulta, è fatto obbligo *ex lege* alla P.A. di pubblicazione di atti specifici e individuati analiticamente, in materia di F.O.I.A. in capo alla medesima P.A. è rimessa una valutazione, di carattere discrezionale, volta alla verifica

⁵¹ G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi* 1/2017.

⁵² M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2016.

⁵³ D. U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"?*, in *Federalismi* 10/2018.

della sussistenza di limiti ostativi alla richiesta di accesso civico (generalizzato) esperita *ex parte civis*.

Tali limiti pongono la stura ad una valutazione della P.A. potenzialmente in grado di dimensionare la millantata completa *disclosure*, atteso il *deficit* di diligenza descrittiva della dizione normativa, sulla scorta di multiformi eccezioni contrassegnate da colpevole genericità.

La disciplina del conflitto d'interesse, eventuale, tra la trasparenza e altri interessi contrapposti è contenuta nell'articolo 5 *bis* del d.lgs n. 33/2013 e s.m.i.⁵⁴. *Ictu oculi*, si rinvencono forti limitazioni all'accesso civico, sussunte ad esigenze pubbliche e alle funzioni dello Stato, espresso nelle sue forme di massima sovranità. Inoltre, l'istanza civica potrebbe essere ostruita per tutela di un contro-interesse privato, novero nel quale rientra anche il diritto alla riservatezza; in relazione a questo scenario di conflittualità tra detti antinomici assiomi, il legislatore ha individuato un precipuo parametro guida di composizione tra le contrapposte esigenze, di trasparenza da un lato e l'eventuale limite pubblico o privato dall'altro.

Tale strumento, di cui dovrà fruire l'operatore della P.A. deputata al vaglio delle richieste di accesso civico generalizzato, sarà la valutazione del pregiudizio concreto e della "necessità" del diniego al fine di evitare tale pregiudizio; trattasi di una valutazione da compiersi in via contingente e osservando la concretezza degli elementi dedotti, integrandosi una fattispecie di valutazione amministrativa, discrezionale e giustificata su ragioni di opportunità⁵⁵. Ascritto, quindi,

⁵⁴ L'articolo considera distintamente, nel primo e nel secondo comma, l'ipotesi che all'interesse protetto come diritto civico si contrappongano altri interessi pubblici o altri interessi privati. Il primo comma dell'art 5 prevede che l'accesso civico "è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a :a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive. Il comma 2 prevede invece che l'accesso civico "è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati": a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali".

⁵⁵ In tal senso si veda SAVINO M., *Il FOLA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit.. La stretta connessione del soddisfacimento del diritto di accesso civico

alla P.A. sarà il giudizio sulla sussistenza di un pregiudizio concreto subito da un interesse diverso e contrapposto alla conoscenza di un atto da essa detenuto⁵⁶ e allorquando tale eventualità sarà attuale, la P.A. competente sarà deputata a porre in essere un'attività di pura discrezionalità amministrativa⁵⁷.

La rimessione alla P.A. di un potere puramente discrezionale nella eventuale composizione dei conflitti, avuto riguardo dell'eventuale pregiudizio concreto pronosticato a danno dell'interesse contrario alla trasparenza, falcidia notevolmente la portata dell'interesse civico alla conoscenza.

alla valutazione discrezionale dell'amministrazione viene generalmente sottolineata dalla dottrina, senza che se ne traggano però le dovute conclusioni anche sul piano sistematico: cfr. S. VILLAMENA, *Il cd FOLA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it*, 23/2016, 10; A. CORRADO, *La trasparenza nella legislazione italiana*, cit., 1426; Id., *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa, Codice dell'azione amministrativa- Le fonti del diritto italiano*, (a cura di) A. M. SANDULLI, Giuffrè, II, 2017, 175 – 182; A. PORPORATO, *Il nuovo accesso civico generalizzato introdotto dal d lgs 25 maggio 2016 n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *Federalismi.it*, 12/2017, 11.

⁵⁶ Si veda, per confermare il carattere puramente discrezionale della valutazione rimessa alla P.A. riguardo i limiti di cui all'art. 5 bis il parere reso dal Consiglio di Stato, Sezione consultiva atti normativi, parere 24/2/2016, rispetto allo schema del decreto, nel quale è affermato che: “il diritto di accedere direttamente e liberamente ai dati ed agli atti detenuti dalla pubblica amministrazione deve necessariamente arrestarsi ove sussista una posizione giuridicamente tutelata dell'individuo” e che “In mancanza di criteri più dettagliati per la valutazione del pregiudizio che la pubblicazione potrebbe arrecare agli interessi tutelati, le amministrazioni potrebbero essere indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza”.

⁵⁷ In tal senso, si vedano le Linee guida adottate dall'ANAC, adottate con determinazione n. 1309 del 28/12/2016 in GU serie gen. N. 7 del 10/1/2017, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali che, ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico ai sensi dell'art 5 bis ultimo comma, affermano che in tali casi il legislatore non ha operato “una generale e preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma (ha) rinviato a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla disclosure generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento. L'amministrazione, cioè, è tenuta a verificare, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute, se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore”.

Di contraltare, nell'analisi dell'accesso documentale⁵⁸, risulta assente una valutazione discrezionale della richiesta di accesso prodotta dall'istante, in riferimento all'ipotesi di accesso defensionale⁵⁹; nonostante l'apparente similitudine dei limiti di cui all'art. 24 della l. n. 241/1990 e le indicazioni dell'art. 5 *bis* del d.lgs. 33/2013, così come modificato dal d.lgs. n. 97/2016, al settimo comma il medesimo art. 24 così si esprime: *“deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici”*.

In breve, nel caso di istanza di accesso classico volta alla tutela della propria posizione giuridica ed indi strumentale ad un'eventuale difesa dei propri diritti ed interessi sostanziali, il settimo comma chiarisce, inequivocabilmente, che in capo alla P.A. è ascrivito un dovere di ostensione.

Si tratta, in quanto dovere della P.A., di un atto vincolato, per definizione privo di discrezionalità; in specie, un bilanciamento tra interessi, nel caso *de quo*, è stato compiuto a monte, dal legislatore, esautorando il ruolo della P.A. a valle.

Residui di valutabilità di interessi contrapposti all'accesso documentale, in veste defensionale, riscontrabili nel caso concreto, riguardano esclusivamente l'eventuale intersecarsi tra istanza di accesso e la contrapposizione della potenziale lesività ad interessi c.d. supersensibili (dati genetici relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale), oggetto di separata considerazione

⁵⁸ Apprezzabile, per la ricostruzione esperita delle differenze fra accesso procedimentale e civico, la recente sentenza Cons. Stat., Sez. V, N 1817/19.

⁵⁹ Eliminata la vocazione civica dell'accesso di cui alla legge 241/90, giacché fagocitata dall'accesso civico generalizzato, il sesto e il settimo comma di cui all'art. 24 della l. 241/90 debbono essere reinterpretati ed esegeticamente rivisitati. Atteso che i profili civici sono stati del tutto assorbiti dalle norme sopravvenute in materia di accesso, la norma recata dal comma 7 rappresenta ormai la condizione essenziale per poter esperire l'accesso ai sensi della legge 241: la conoscenza deve essere sempre *“necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici”*. In sintesi, l'accesso meglio conosciuto come *“defensionale”* non è più soltanto una tra le possibili diverse ipotesi in cui può aver luogo l'accesso ai sensi della legge 241, ma è l'ipotesi tipica disciplinata dalla legge 241. La semantica giuridica ne ricaverà, quindi, che se l'accesso si caratterizza come strumentale al soddisfacimento di un bisogno di tutela proprio di una ben determinata situazione giuridica soggettiva, esso non dipende affatto da una valutazione discrezionale amministrativa.

nell'ultimo capoverso del citato settimo comma⁶⁰, particolare ed unica effettiva ipotesi di spazio discrezionale concesso alla P.A. in tema di accesso documentale di matrice defensionale⁶¹.

Si può quindi affermare che, seppur apparentemente simili, le limitazioni tra accesso civico generalizzato e accesso documentale a scopo defensionale sono nettamente diverse nella misura in cui l'attribuzione di una valutazione discrezionale della P.A., nella composizione di interessi contrapposti, nel primo caso è la *regula iuris* e nel secondo, invece, una residuale eccezione di cui all'art. 24 settimo comma⁶².

Il rapporto con la *privacy*, quale interesse privato contrapposto alla richiesta di accesso, è organizzato in maniera differente nel sistema F.O.I.A., più ampio nell'oggetto e al contempo più debole al cospetto di interessi di riservatezza *ad opponendum*, rispetto all'accesso

⁶⁰ Il quale dispone che in tal caso “l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196”. Il rinvio all'art 60 del Codice della privacy, la cui applicazione è comunque in ogni caso fatta salva dal Codice medesimo, consente di completare la configurazione dell'unica ipotesi in cui si pone un problema di bilanciamento nel caso concreto: “quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale”.

⁶¹ La valutazione rimessa alla P.A. si dispiega sulla consistenza degli argomenti dell'istanza di accesso, la quale se solidamente motivata, in potenza, potrebbe essere soddisfatta nonostante la contrapposizione di tutela di un dato super sensibile. In merito si veda, a titolo di esempio, TAR Lazio III 15 dicembre 2014 n. 12583; TAR Catania, 27 novembre 2015 n. 2785, con riferimento all'esigenza di utilizzo della cartella clinica del coniuge nell'ambito del procedimento di scioglimento del matrimonio canonico innanzi al tribunale ecclesiastico; TAR Palermo 16 dicembre 2014 n. 3328 con riferimento al diritto di accedere alla cartelle cliniche dei pazienti ricoverati da parte di una infermiera che riteneva di aver contratto la malattia della tubercolosi a seguito dell'attività professionale svolta presso l'azienda.

⁶² In via ordinaria, si afferma la prevalenza dell'accesso, considerato nella sua strumentalità alla tutela di una situazione giuridica soggettiva ed in via eccezionale, se contrapposto un interesse di “pari rango” così come prescritto dal comma settimo della legge 241/1990: “Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”.

documentale in veste defensionale, il quale ha un'incontrovertibile pervicacia nel superare eventuali ragioni di riserbo, giacché totalmente svincolato e spogliato da qualsivoglia proposito civico.

La digressione in tema di accesso civico generalizzato e documentale non allontana dal *focus* di questo scritto, cogliendosi in essa una possibilità di soluzione, o quantomeno di ausilio, delle necessità di bilanciamento tra *privacy* e trasparenza affrontata dalla Corte Costituzionale nella sentenza in rassegna.

5. *L'utilitas di un accesso assunto nella sua balcanizzazione normativa nel rapporto antitetico tra privacy e trasparenza ubicato nella società della "indicizzazione" dei dati*

L'interesse civico alla conoscenza, per connotazione naturale, può essere inteso quale diritto soggettivo ovvero interesse legittimo pretensivo ovvero interesse semplice, prestandosi, così discorrendo, ad una polisemia di significato che fu fotografata con arguzia definitoria in tal modo: *"con il nome di diritti civici si sogliono designare quelle posizioni di vantaggio – di cui sono, di solito ammessi a godere tutti i soggetti -, che derivano ai singoli dal fatto che l'ordinamento impone agli enti pubblici certi doveri pubblici consistenti nel porre a disposizione della generalità beni o prestazioni"*, avvertendo che la situazione va però poi specificamente qualificata in ragione dei modi e limiti in cui l'interesse del soggetto riceve protezione: *"alcune di esse sono veri e propri diritti [...] [...] ovvero interessi legittimi [...] molti altri rimangono allo stato d'interessi semplici"*⁶³.

Per quanto detto in merito all'accesso civico generalizzato e ai suoi limiti, parrebbe potersi escludere un diritto alla conoscenza piena e incondizionata, bensì passibile di un eventuale, quanto probabile bilanciamento; nell'implementare il FOIA, il legislatore nostrano, se da un lato ha espunto della occorrenza di motivazione per l'istanza di accesso civico, non esigendo la titolarità di una situazione soggettiva qualificata in capo all'istante, di contraltare ha optato, nella regolazione del giudizio sul pregiudizio concreto di un controinteresse alla

⁶³ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, II, p. 123.

trasparenza civica, per la tecnica dell’*“harm test”*⁶⁴, la quale richiede che l’amministrazione valuti se l’accesso possa danneggiare uno degli interessi-limite in modo “specifico, concreto e diretto” (natura del danno), nonché “ragionevolmente prevedibile” o “non meramente ipotetico” (probabilità del danno), secondo le formule di rito presenti nei sistemi FOIA.

La scelta di campo della legge ha quindi escluso l’adozione della tecnica alternativa del *“public interest test”* che impone di valutare, cumulativamente, anche il danno che il diniego di accesso comporterebbe per l’interesse pubblico alla conoscenza delle informazioni: solo quando il primo (danno all’interesse-limite) è ritenuto più serio e probabile del secondo (danno all’interesse conoscitivo della collettività) l’accesso può essere negato.

L’opzione perseguita della tecnica dell’*harm test*⁶⁵ dimensiona l’aspirazione ad una versione ortodossa dell’*open data* da parte dei pubblici poteri, circostanza che si è cumulata ad altri punti dolenti del FOIA⁶⁶ all’italiana quali, ad esempio, il mancato coordinamento tra difesa civica e tutela giurisdizionale, un difetto di chiarezza rispetto all’ipotesi (tutt’altro che ipotetica) di silenzio della P.A. sull’istanza di accesso civico generalizzato, la genericità dei limiti, la dubbia scelta normativa di sovrapporre accesso civico semplice e generalizzato.

Il nostro sistema, comunque, nella sua complessità potrebbe rappresentare risposta adeguata alle esigenze di tutela della *privacy*, ancora più stringente in cagione dell’utilizzo della rete da parte delle P.A., attraverso la ponderazione dell’accesso documentale come strumento di maggiore profondità rispetto all’accesso civico.

⁶⁴ Si cfr. *ex multis* M. FILICE, *I limiti all’accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 2019, p. 861; N. VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 2019, p. 539.

⁶⁵ Si segnala in tal senso la sent. TAR Campania, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486, mercé la quale il Giudice Amministrativo ha chiarito che dal dato normativo (art. 5 *bis*, commi 1 e 2) si deduce che il criterio individuato dal legislatore per la valutazione delle esclusioni dall’accesso generalizzato è il solo criterio del pregiudizio, escludendosi, di talché, la previsione espressa di un test dell’interesse pubblico, contrariamente ad altre esperienze FOIA.

⁶⁶ Interessante il recente contributo in tema FOIA di M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 2019, p. 452.

La locuzione sopra riportata, “di maggiore profondità”, se non spiegata, diviene apodittica ed epidermica.

L’accesso classico, nella sua versione defensionale, da ritenersi l’unica declinazione di tale forma di accesso superstita all’evoluzione intervenuta con il c.d. “Decreto trasparenza” e le relative modifiche, rappresenta, allo stato dell’arte, un’ipotesi di consequenzialità tra richiesta e rilascio di atti e documenti da parte dell’operatore pubblico, spuria di margini di discrezionalità amministrativa⁶⁷.

Per questa diversità di forza e cogenza, si denuncia l’attualità di un problema, affrontato in passato dalla giurisprudenza amministrativa, rimasto irrisolto, concernente la qualificazione della natura giuridica dell’accesso documentale⁶⁸, di cui si suggerisce la determinazione in termini di diritto soggettivo, di pretesa cioè all’adempimento di un obbligo non condizionato dalla discrezionalità amministrativa.

Tale onere interpretativo era già stato affidato all’Adunanza Plenaria⁶⁹ che, confidando anche sul fatto che nel 2005 il legislatore aveva chiarito che il giudizio per l’accesso rientra tra le materie di giurisdizione esclusiva, nel 2006 ha denegato tale impegno esegetico, ritenendo sufficiente sottolineare il carattere essenzialmente strumentale dell’azione rispetto alle esigenze di tutela della posizione soggettiva finale, sia essa di diritto soggettivo o d’interesse legittimo, evitando di intrattenersi sul discutendo problema definitorio sulla scorta che “*ciò non ha conseguenze ai fini dell’identificazione della disciplina applicabile al giudizio avverso le determinazioni concernenti l’accesso*”.

Sempre riguardo alla natura di diritto o interesse l’Adunanza Plenaria nel 1999 rese più d’una sentenza⁷⁰, statuendo che la situazione protetta

⁶⁷ In tal senso si cfr. F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *federalismi.it*, n.10/2019.

⁶⁸ Si segnala la recentissima ordinanza n.888 del 2020 del Cons. di Stato, sez. IV, di remissione all’Adunanza Plenaria, con la quale si è posta la questione della concorrenza tra il diritto di accesso documentale e i paralleli strumenti processualciviltistici di cui agli artt. 210 e 213 c.p.c., nonché agli artt. 492-bis c.p.c. e 155-sexies delle disp. att. del cod. proc. civ., mercé la quale l’Adunanza Plenaria potrebbe, per ragioni sistemiche volte alla risoluzione della controversia interpretativa ad essa rimessa, ritornare sulla questione della natura giuridica del diritto di accesso documentale, chiarendone definitivamente la portata e i connotati.

⁶⁹ Cons. Stato, Ad. Plen. 18 aprile 2006, n. 6.

⁷⁰ Cons. Stato, Ad. Plen. 22 aprile 1999, nn. 4 e 5; 28 aprile 1999, n. 6; 24 giugno 1999, n. 16.

abbia consistenza di interesse legittimo perché è contrapposta al “*potere di natura pubblicistica di valutare tutti gli interessi coinvolti*” e che l’impiego, da parte del legislatore, del termine “diritto” dovesse esser considerato in via atecnica in quanto alla pretesa non è correlato un obbligo o un comportamento senz’altro dovuto dall’Amministrazione o dal gestore del pubblico servizio⁷¹.

Le risposte della Plenaria appaiono assolutamente anacronistiche⁷² e pertanto, anche in ragione del sistema di bilanciamento che la tutela della *privacy* richiede nell’applicazione del FOIA., sarebbe opportuna una deliberazione decisiva del giudice amministrativo volta a dipanare ogni perplessità relativamente alla posizione di diritto soggettivo alla base dell’istanza di accesso documentale.

Così delineato, il nostro sistema di trasparenza si appalesa rispondente alle differenti esigenze di tutela costituzionale in essere, ricusandosi, in tal modo, la sbrigativa stima dell’attuale triadica forma di accesso come una sorta di “pleonismo normativo”: l’“italica” trasparenza amministrativa, assunta come realizzazione normativa del prisma costituzionale di cui all’art. 97, può reputarsi gemmazione domestica in cui è possibile un serio contemperamento di equilibri assiologici di difficile composizione.

Accesso documentale come strumento sì residuale, ma marcatamente garantista del bisogno di estrazione e rilascio di atti amministrativi e una consequenziale maggiore *tranquillitas animi* nella gestione dell’accesso civico generalizzato, in virtù della minore forza sottesa, in termini di situazione giuridica soggettiva posta in capo

⁷¹ La fondatezza della pretesa, secondo l’Adunanza Plenaria, “*va verificata di volta in volta dapprima in sede amministrativa e poi, nel caso di tempestiva impugnazione della determinazione in sede giurisdizionale, esaminando l’eventuale preminenza delle ragioni di chi abbia chiesto l’accesso, rispetto a quelle riscontrate nel diniego o alle esigenze di riservatezza del terzo cui si riferiscono i documenti [...] nella materia dell’accesso le controversie vanno decise tenendo conto delle varie posizioni coinvolte e sulla base di giudizi di prevalenza*”. In sostanza, secondo il Supremo Consesso, il soddisfacimento dell’interesse alla conoscenza dipende da una valutazione discrezionale dell’Amministrazione ed è per tale motivo che ha natura e consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo.

⁷² È comunque degna di nota la sent. del Cons. Stat. n. 2938/2003, latrice dell’opinione della giurisprudenza maggioritaria, la quale ha esplicitamente affermato che, alla luce delle profonde modifiche dell’ordinamento apportate dalla l. 205/2000 e dalla riforma nel 2001 del Titolo V della Costituzione, il diritto di accesso ha natura di diritto soggettivo pieno e perfetto.

all'istante, del diritto civico alla conoscenza⁷³. Tale risultanza potrebbe rivelare un depotenziamento della riforma FOIA soltanto se si trascurasse che all'interno dell'ordito normativo sussiste un'ulteriore forma di accesso, quello classico, in grado di superare in potenza le ragioni anche della riservatezza più intima.

Tale prospettazione esegetica appare, a chi scrive, una leva adatta a temperare i diversi interessi in gioco, in ragione soprattutto che la tenuta dell'idolo della trasparenza è da verificare sulla scorta del *periculum* derivante dall'indicizzazione telematica, a cui sono tenute le P.A., dei dati di cui si chiede l'accesso civico generalizzato ovvero che *ex lege* sono ricompresi tra gli obblighi di pubblicazione di cui all'accesso civico semplice; di tal guisa, non trascurandosi gli effetti prodotti dall'innovazione tecnologica nei rapporti P.A.-cittadino⁷⁴, la analitica e premiale ricostruzione del nostro ordito normativo in tema di accesso, ispirato dal caso di studio di cui alla sentenza costituzionale n. 20/2019, piuttosto che una lunga riflessione ottativa, è la lucida constatazione di una sistemazione legislativa che, seppur arzigogolata, è da vagliare come un *quid pluris* rispetto alle esigenze di *privacy*.

6. *Rito e merito: riflessioni conclusive e cenni sul peso "sostanziale" della scelta del foro per le sorti del bilanciamento*

Preliminarmente, nel presente lavoro di commento, si è volutamente concesso spazio all'ultronea questione di cui è attrice la sentenza n. 20/2019 della Corte Costituzionale, ovverosia l'avocazione a sé, mediante l'espansione della centralità dell'incidente di costituzionalità, di *quaestio* ove intervenga un dissidio *infra*-ordinamentale coinvolgente diritti ricompresi nel fenomeno giuridico della CDFUE ed in via cumulativa nel nostro ordito costituzionale.

La sentenza qui approfondita è stato il primo banco di prova della tenuta costituzionale del nostro sistema di trasparenza, nel quale si sintetizzano principi di partecipazione democratica e finalità di deterrenza della corruzione nei pubblici uffici.

⁷³ Per l'ampio respiro della riflessione esperita in tema di diritto a conoscere, si cfr. B. BARBISAN, *What "right" is right?*, in *Diritto Pubblico*, 2018, fasc. 1, p. 35 – 60.

⁷⁴ Si cfr. M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2017; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, Maggioli, 2014.

Dopo una ricognizione di tale sistema normativo, sicuramente frastagliato, si è inteso cogliere aspetti che possono essere d’ausilio al contemperamento tra le istanze di *open data* e i problemi di tutela dei dati personali che *ad opponendum* sono, sovente, ostativi alla piena realizzazione delle aspirazioni della piena e assoluta *disclosure* amministrativa.

Il nostro ordinamento in tema di accesso, di cui si è fatta lauta e critica ricostruzione, riferisce di una specifica connotazione di trasparenza amministrativa che si è riflettuta, inevitabilmente, anche sul sindacato rimesso alla Consulta relativamente al giudizio di costituzionalità degli obblighi di pubblicazione, parte del fenomeno dell’accesso civico; nelle pieghe della motivazione, non è trascurabile il dato determinante della considerazione paritetica conferita alla trasparenza e alla tutela dei dati personali.

Su tale aspetto occorre puntualmente soffermarsi, affinché si comprenda che la digressione sulla doppia pregiudizialità non possa circoscriversi a mera dissertazione sull’osmosi *infra*-giurisdizionale tra Corte di Giustizia e Corte Costituzionale, recintando tale dialettica al solo profilo del “rito”; esso, talvolta, ha un’includibile inferenza sostanziale.

In un interessante contributo si ritrova una palmare sensibilità in relazione alla scelta del giudice *ad quem*, affermandosi che: “l’opzione da parte del giudice remittente per la questione di legittimità costituzionale, in luogo del rinvio pregiudiziale alla CGue (opzione per altro confermata dalla Corte costituzionale), abbia avuto – in definitiva – gran peso nel decidere le sorti della controversia, anche con riferimento ai profili di merito. Non è infatti difficile immaginare – a fronte dei precedenti richiamati – quale sarebbe potuto essere il giudizio formulato dalla CGue, qualora investita della causa, e quanto si sarebbe potuto discostare da quello poi formulato dalla Corte costituzionale”⁷⁵.

Orbene, se in tesi profili di rito e di merito sono argomentazioni parallele e che per definizione non si intersecano, è d’uopo obiettare che, nel caso che occupa, l’esito del bilanciamento esperito dalla Corte, nell’eventualità alternativa di remissione alla Corte di Giustizia, sarebbe potuto essere differente o comunque diversamente interpretato, sulla

⁷⁵ B. PONTI, *Il luogo adatto dove bilanciare. Il “posizionamento” del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati alla riservatezza e alla tutela dei dati personali vs il diritto alla trasparenza* n. 20/19, in *Istituzioni del Federalismo*, n.2/2019, cit., pp. 545-546.

scorta di una diversa sistemazione assiologica; infatti, la stessa Corte di Giustizia europea avrebbe considerato privacy e trasparenza sulla base di una asimmetria di fondo, in ragione della maggiore importanza concessa in sede europea alla tutela dei dati.

Non può obnubilarsi né disconoscersi che, indipendentemente dalla sede del giudizio, la difficoltà del bilanciamento quivi discettato è opera intrinseca e complessa che la Corte ha affrontato con apprezzabile perspicuità, anche indirizzando la propria attenzione all'esposizione telematica dei dati offerti ad un pubblico indeterminato dalla P.A.⁷⁶.

Prioritaria riflessione, su cui è d'uopo ruminare, riguarda la bocciatura, almeno in parte, del contegno normativo assunto dal legislatore in tema di trasparenza, analizzato dalla Corte nella sentenza qui discussa, che ha provveduto ad evidenziare le debolezze intrinseche del sistema di accesso civico (semplice), fondatosi sugli obblighi di pubblicazione imposti, in prima battuta, col Decreto Trasparenza nel 2013, a cui si sono aggiunti gli ulteriori obblighi di ostensione concernenti i dirigenti pubblici censurati dalla Corte; in tal senso, ciò che è dato cogliere è l'assoluta irragionevolezza della scelta normativa biasimata a giusta ragione - secondo chi scrive - dalla Corte Costituzionale, in cagione di un approccio dirigistico e insoddisfacente dell'ordito normativo vagliato, visto il parco risultato raggiunto in termini di soddisfazione dell'interesse civico a conoscere e la speculare abnorme e sovrabbondante esposizione di dati personali, attualizzandosi, così scorrendo, un'inidoneità del sistema di trasparenza pro-attiva della P.A. a garantire un giusto equilibrio nonché un'equa ponderazione tra interesse civico alla conoscenza del cittadino del *facere* amministrativo e la contrapposta sensibilità per la cura e la tutela della riservatezza dei dati personali.

Il nodo principale di tale antitetico confronto tra trasparenza e *privacy*, indipendentemente dall'*humus* sul quale esso s'ha da fare, nazionale o europeo, è la piena contezza di quanto abbia inciso nei rapporti *civis*-P.A. l'avvento del fenomeno digitale⁷⁷, il quale ha riscritto

⁷⁶ Si cfr. P. FALETTA, *Il "Freedom of Information Act" italiano e i rischi della trasparenza digitale*, in *federalismi.it*, 2016, fasc. 23, p. 15.

⁷⁷ Per una visione comparata del rinnovato rapporto cittadino-P.A., sulla scorta del raggiungimento degli obiettivi di trasparenza, vedasi D. U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo* (Relazione al 62 Convegno di Studi Amministrativi,

le fondamenta dell'ordinamento giudico. Quest'ultimo, piuttosto che come uno statico pachiderma, va più correttamente ridisegnato come un modello di regole elastico, in grado di accludere periodicamente, con coerenza e raziocinio, dei giusti correttivi affinché si possa ossequiare la *mutatio libelli* in essere nella società, di cui l'avvento di Internet costituisce sicuramente l'antonomasia per eccellenza.

In tal senso, la tutela della riservatezza è da attenzionare con sempre maggiore acribia, attesa la diffusione in rete dei dati di cui si chiede l'ostensione e la conseguenziale impossibilità di monitoraggio della corretta fruizione degli stessi, fagocitati dal web e dalle piattaforme digitali⁷⁸.

In via conclusiva, il *docet* riguardo alla delicatezza consustanziale del bilanciamento tra riservatezza e le ragioni della trasparenza, tratto dalla sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale e dal combinato esame dell'intero sistema della trasparenza amministrativa, è rivolto *in primis* alla P.A., deputata e onerata della scelta di indirizzo e preferenza, sempre contingente e casistica, tra *privacy* e trasparenza, consapevole della possibilità di sviamento dagli aneliti di *disclosure* amministrativa.

Al contempo, l'interprete (chiunque esso sia), nel caso di rinnovato dovere di sindacato sull'ordito normativo della trasparenza, fruendo dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità, mercé un approccio laico e rifiutando approcci irenici e speculari forme di pessimismo relativistiche, potrebbe essere chiamato nuovamente, viste anche le zone d'ombra lasciate immutate dalla sentenza 20/19, all'ardua impresa di comporre una "*Aufhebung*"⁷⁹ di hegeliana memoria tra le ragioni della

Varenna, 22-24 settembre 2016) in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2016, fasc. 5, pp. 1019 – 1061.

⁷⁸ Per un'analisi comparata della gestione dei *big data* si rimanda a I. YAMAGUCHI, *Protecting privacy against emerging "smart" big data surveillance: what can be learned from japanese law?* - in *Percorsi costituzionali*, 2014, fasc. 1, pp. 193 – 204. Invece sul tema specifico dell'open government, L. SARTORI, *Open government: what else?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013, fasc. 3-4, p. 24; ; SAGRI M.T., *Panoramica sul seminario "open data nel contesto italiano"* (ITTIG/CNR, 13 giugno 2011) - (*Commento al seminario "Open Data nel contesto italiano"*, Firenze, 13 giugno 2011), in *Informatica e diritto*, 2011, fasc. 1-2, pp. 515 – 523; ancora con riguardo al confronto tra il governo digitale e il crisma della privacy si richiama R. PENNAZIO, P. ROSSI, *Open data e tutela della riservatezza tra uniformazione europea e approcci nazionali*, in *Informatica e diritto*, 2011, fasc. 1-2, pp. 85 - 103

⁷⁹ Si riporta la definizione di *Aufhebung* ritrovabile in http://www.treccani.it/enciclopedia/aufhebung_%28Dizionario-di-filosofia%29/:

trasparenza e la salvaguardia della *privacy*, capace di riassumere e non disperdere il valore e il pregio di tesi e antitesi.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BECCARA A. J. L., GIRELLA S., LEUCCI S., *Pubblica amministrazione e protezione dei dati personali nelle "nuvole": criticità e soluzioni - the public administration and personal data protection in the "cloud". critical issues and solutions*, in *Informatica e diritto*, 2014; ALFONSI D., *Trasparenza amministrativa. Un diritto in via di informazione*, Editoriale Scientifica, 2018; AMALFITANO C., *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'"obiter dictum" della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019; ARENA G., CORSO G., GARDINI G., MARZUOLI C., MERLONI F. (a cura di), *Trasparenza Amministrativa*, Giuffrè, 2008; ARMAO G., *Considerazioni su amministrazione aperta e protezione dei dati personali*, in *Amministrativamente*, 2015; BARBARESCHI S., *La Corte costituzionale è chiamata a giudicare la disciplina dell'accesso civico generalizzato (Nota a ordinanza n. 9828/2017 del Tar Lazio)*, in *federalismi.it*, 21/2017; BARBISAN B., *What "right" is right?*, in *Diritto Pubblico*, 2018, fasc. 1; BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Vita e Pensiero, 2006; BOMBARDELLI M., *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013; BRONZINI B., *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione Giustizia*, 4 marzo 2019; CAGGIA F., *Il consenso al trattamento dei dati personali nel diritto europeo in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2019, fasc. 3; CANTONE R., CARLONI E., *Corruzione e anticorruzione, 10 lezioni*, Milano, 2018; CARAVITA B., *Il consenso ai tempi dei social*, in *Federalismi.it*, 7/2018; CAREDDA M., *Carta di Nizza e giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Note a margine della sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 2018, fasc. 1; CARLINO E., *Le linee guida del garante: protezione dei dati e protezione dell'opacità (Commento a provv. Autorità garante protezione dati personali 15 maggio 2014)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, fasc. 11; CARLONI E., *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, Maggioli, 2014; CARTABIA M., *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale*, in *Foro italiano*, 1997; CARULLO G., *"Open Data" e partecipazione democratica*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 3; CATALANO S., *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte Costituzionale*, in *federalismi*, 2019, 4; CAVALLARO M. C., *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Diritto amministrativo*, 2015, fasc. 1; CLARICH M., *Trasparenza e diritti della personalità amministrativa*, in *www.giustiziamministrativa.it*; CLINI A., *Freedom of Information Act*:

"Sostantivo ted. dal verbo *aufheben*, che ha duplice significato di «togliere via, eliminare» e di «solllevare, conservare». Con questo termine Hegel esprime il carattere peculiare del processo dialettico, il quale «nega», «supera» un momento, una categoria, ecc., e, al tempo stesso, lo «eleva» e «conserva» in un ulteriore momento, in un'ulteriore categoria, che quindi ne è l'inveramento e il completamento. La negazione dialettica di un momento ne annulla dunque soltanto l'immediatezza, e in effetti lo riafferma e lo compie in un grado superiore di svolgimento".

pubblicità e trasparenza nei rapporti tra cittadini e P.A., in *dirittoaccesso.it*; CORRADO A., *La trasparenza nella legislazione italiana*, in *Codice dell'azione amministrativa- Le fonti del diritto italiano*, (a cura di) SANDULLI A. M., Giuffrè, II, 2017; CORRADO A., *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018; COSENTINO A., *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 3; COSTANTINO F., *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra "open" e "big data"*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 4; CRISPINO S., *Note a margine del dialogo tra le Corti dopo la sentenza 269/17: verso un maggiore protagonismo della Corte costituzionale?*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2017, 2; DI MASCIO F., *Miti e realtà degli "open data" all'italiana*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 3; DELLA MORTE M., *Quale futuro per la rappresentanza politica?*, Milano, Giuffrè, 2015; DI PIETRO S., *La tutela della "privacy" tra esigenze di trasparenza e nuove regole di riservatezza*, in *Amministrativamente*, 2018; D'ONOFRIO T., MACCULI C., *La rivoluzione GDPR*, in *Corriere tributario*, 2018, fasc. 23; D'ORLANDO E., ORSONI. G., *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: "Open Data" e algoritmi*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 3; D'URGOLO G., *Trasparenza e prevenzione della corruzione nella p.a.: la recente introduzione del "freedom act of information" (foia) nell'ordinamento italiano*, in *GiustAmm.it*, 2017, fasc. 3; FALCONE M., *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2017; FALLETTA P., *Il "Freedom of Information Act" italiano e i rischi della trasparenza digitale*, in *federalismi.it*, 2016, fasc. 23; FILICE M., *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 2019; FILICETTI C., *L'insostenibile "leggerezza" delle linee guida ANAC [Autorità Nazionale Anti Corruzione]*, in *GiustAmm.it*, 2019, fasc. 1; FORTI M., *Le piattaforme "online" alla prova del Regolamento (UE) 2016/679. Quali tutele per la condivisione dei dati nell'economia collaborativa? Commento a reg. n. 679 del 2016*, in *Rivista di diritto dei media*, 2019, fasc. 2; FRANCARIO F., *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *federalismi.it*, n.10/2019; GALETTA D.U., *Alcuni recenti sviluppi del diritto amministrativo italiano (fra riforme costituzionali e sviluppi della società civile)*, in *Giustizia amministrativa* (www.giustamm.it), Anno XI, Giugno 2014; GALETTA D.U., *Transparency and Access to Public Sector Information In Italy: a Proper Revolution?*, in *Italian Journal of Public Law*, 2014/2; GALETTA D.U., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *federalismi.it*, 2016/5; GALETTA D. U., *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo (Relazione al 62 Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 22-24 settembre 2016)* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2016, fasc. 5; GALETTA D.U., *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"?*, in *Federalismi* 10/2018; GALETTA D.U., *"Open Government", "Open Data" e azione amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 3; GAMBINO A. M., BOMPRESZI C., *"Blockchain" e protezione dei dati personali*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, fasc. 3; GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi* 1/2017; GIULIANO F., *La regolazione amministrativa del trattamento dei dati personali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, fasc. 4; LANNA M., *Règlement général sur la protection des données et "Open Data"*:

enjeux et perspectives, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 3; LEONE S., *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *AIC*, 2019, 3; LIGRESTI A. M., *Il "diritto all'informazione"*, Editoriale Scientifica, 2020; LOMBARDI F., *Spunti di riflessione sulla problematica applicazione delle diverse tipologie di accesso. Il possibile insegnamento derivante dall'esperienza spagnola*, in *federalismi*, 22/18; LORE' F., *Il ruolo del responsabile della protezione dei dati personali nella pubblica amministrazione alla luce del regolamento generale sulla protezione dei dati personali ue 2016/679 (Commento a Reg. UE 2016/679)*, in *Amministrativamente*, 2018, fasc. 7-8; MANCOSU G., *La transparence publique par l'ouverture des données personnelles? focus sur les systemes juridiques italien et français - (Intervento al seminario "Open Data & données personnelles. Perspectives scientifiques", Parigi, 12 novembre 2013)*, in *federalismi.it*, 2014, fasc. 3; MARINI F. S., *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *federalismi.it*, 2018/4; MASTRANGELO D. (a cura di), *La trasparenza amministrativa. Aspetti e problemi*, di), Aracne, 2019; MODESTI G., *"Open data" e "privacy" - La creazione di un programma aziendale per governare il processo di gestione dei dati*, in *Quaderni amministrativi*, 2016, 2-3; MODESTI G., *"Open data" e "privacy" - la creazione di un programma aziendale per governare il processo di gestione dei dati*, in *Quaderni amministrativi*, 2016, fasc. 2-3; VACCARI S., *Il difficile bilanciamento tra "favor" per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel d.lgs. 33/2013*, (Intervento all'incontro del Gruppo San Martino sul tema "La visibilità del potere. Gli obblighi di trasparenza tra pubblicità, accesso e 'open data'", Palermo, 10-12 aprile 2014), in *Il diritto dell'economia*, 2015, fasc.1; MORAND-DEVILLER J., *Vers une démocratie administrative délibérative. Consultation, concertation, participation*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2011, 12; MORELLI A., *Introduzione. Rappresentare, partecipare, governare: quale futuro per il modello democratico?*, in A. MORELLI (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Milano, Giuffrè, 2015; MORTATI C., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano 1964; NATALINI A. – VESPERINI G. (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015; NICOTRA I. A., *La trasparenza e la tensione verso i nuovi diritti di democrazia partecipativa*, in *L'autorità nazionale anticorruzione*; NICOTRA I.A., *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in *Federalismi.it* 7/2019; P. CANAPARO, *I contenuti inderogabili e discrezionali della trasparenza amministrativa e le misure di garanzia*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2014, n. 5; PAGNANELLI V., *Accesso, accessibilità, "Open Data". Il modello italiano di "Open Data" pubblico nel contesto europeo*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2016, 31; PAJNO A., *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giustizia civile*, 2015, fasc. 2; PARISI N., *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione - (Relazione al "Secondo Incontro Nazionale con il responsabile della prevenzione della corruzione", Roma, 24 maggio 2016)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, fasc. 2-3; PENNAZIO R., ROSSI P., *Open data e tutela della riservatezza tra uniformazione europea e approcci nazionali*, in *Informatica e diritto*, 2011, fasc. 1-2; PIERPAOLO C., *Sperimentazione per evitare i rischi legati alla privacy (L. 205/2017, articolo 1, commi 909 e successivi. Regolamento Ue 2016/679 del 27 aprile 2016)*, in *Guida al Diritto*, 2019, fasc. 2; PONTI B., *Il luogo adatto dove bilanciare. Il "posizionamento" del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati alla riservatezza e alla tutela dei dati personali vs il diritto alla trasparenza n. 20/19*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2019; PORPORATO A., *Il nuovo accesso civico generalizzato introdotto dal d.lgs 25 maggio 2016 n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in

Federalismi.it, 12/2017, 11; PREVOSTI O., *Tutela della privacy come presupposto della libertà: due recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a difesa della riservatezza individuale*, in *Rivista AIC*, 2014, 10 e 11; RENNA M., VACCARI S., *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. "open government"*, in *Giust.Amm.it*, 2019, 1; CARLONI E., *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione "Tutti vogliono un posto al sole, ed in più, possibilmente, all'ombra" (Stanislaw J. Lec)*, in *Diritto Amministrativo*, 2019, n.3; ROMBOLI R., *Dalla "diffusione" all' "accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro italiano*, 2018, I; SCHEPISI C., *I futuri rapporti tra le Corti dopo la sentenza n. 269/2017 e il controllo erga omnes alla luce delle reazioni dei giudici comuni*, in *federalismi.it*, n. 22 del 2018; ROSSI E. A., *"Data protection" nei rapporti transnazionali tra imprese. Aspetti problematici della Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa e del regolamento (UE) 679/2016*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, fasc. 1; RUGGERI A., *La consulta rimette a punti i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte Cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta online*, 2019, 1; RUGGERI A., *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti Comparati* 3/2017; SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, II; SANDULLI M. A., *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. IV, Milano, 2000; SARTORI L., *Open government: what else?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013, fasc. 3-4; 2019; SAVINO M., *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2016; SAVINO M., *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3; SCACCIA G., *L'inversione della "doppia pregiudizialità" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *www.forumcostituzionale.it*; SCIACCHITANO F., *Disciplina e utilizzo degli "Open Data" in Italia*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, 1; SIMONATI A., *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. amm.*, 2018; TEGA D., *La sentenza n. 269 del 2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 1; TESSARO T., BERTIN M., *Come cambia la trasparenza amministrativa dopo il GDPR e il nuovo Decreto Privacy*, Maggioli Editore, 2019; TERRACCIANO G., *La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?) strumento di contrasto della corruzione*, in *Amministrativamente*, 2014, 11-12; TORTORA A., *Il nuovo regolamento europeo per la protezione dei dati (GDPR) e la figura del "data protection officer" (DPO): incidenza sulla attività della pubblica amministrazione (Commento a reg. ue 2016/679)*, in *Amministrativamente*, 2018, fasc. 5-6; VACCARI S., *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza (Relazione al Convegno "Decisioni amministrative e processi deliberativi", Bergamo, 5-7 ottobre 2017)*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2017, fasc. 4; VANNUCCINI S., *"Quis interpretabitur" nei casi di "doppia pregiudizialità"? La precisazione della Corte costituzionale nella sentenza n. 269/2017 e le reazioni della Corte di cassazione, (Nota a C. Cost. 14 dicembre 2017, n. 269;)*, in *La Comunità Internazionale*, 2019, fasc. 1; VETTORI N., *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.3, 2019; VILLAMENA S., *Il cd FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it*, 23/2016, 10; VITALE G., *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi*

considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte Costituzionale, in *federalismi*, 2019, 10; YAMAGUCHI I., *Protecting privacy against emerging "smart" big data surveillance: what can be learned from japanese law?* - in *Percorsi costituzionali*, 2014, fasc. 1.

Corte di Cassazione – Sezioni Unite Civili, sentenza 7 ottobre 2019, n. 25021 – *Presidente* Giovanni Mammone – *Relatore-Estenso*re Luigi Giovanni Lombardo – *Ricorrente* Curatela del fallimento di L.R.C. in persona del Curatore *pro tempore*

COMUNIONE ORDINARIA E COMUNIONE EREDITARIA NATURA GIURIDICA – DIVISIONE DELLA COMUNIONE – DIVISIONE ENDOESECUTIVA E ENDOCONCORSUALE AVENTE AD OGGETTO EDIFICIO ABUSIVO – SCIOGLIMENTO COMUNIONE EREDITARIA AVENTE AD OGGETTO EDIFICIO ABUSIVO – ATTO INTER VIVOS – DIVISIONE PARZIALE CON ESCLUSIONE DELL'EDIFICIO ABUSIVO

Gli atti di scioglimento delle comunioni relative ad edifici, o a loro parti, sono soggetti alla comminatoria della sanzione della nullità prevista dall'art. 40, comma 2, della legge n. 47 del 1985 per gli atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali relativi ad edifici realizzati prima della entrata in vigore della detta legge, ove dagli atti non risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria, ovvero ad essi non sia unita copia della domanda di sanatoria corredata dalla prova del versamento delle prime due rate di oblazione o dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante che la costruzione dell'opera è stata iniziata in data anteriore al 1° settembre 1967. [Rv. 655501 - 01]

Gli atti di scioglimento della comunione ereditaria sono soggetti alla comminatoria della sanzione della nullità prevista dall'art. 46, comma 1, del D.P.R. n. 380 del 2001 (già art. 17 della legge n. 47 del 1985) e dall'art. 40, comma 2, della l. n. 47 del 1985, per gli atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali relativi ad edifici o a loro parti, ove da essi non risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria. [Rv. 655501 - 02]

Quando sia proposta domanda di scioglimento di una comunione (ordinaria o ereditaria che sia), il giudice non può disporre la divisione che abbia ad oggetto un fabbricato abusivo o parti di esso, in assenza della dichiarazione circa gli estremi della concessione edilizia e degli atti ad essa equipollenti, come richiesti dall'art. 46, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dall'art. 40, comma 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, costituendo la regolarità edilizia del fabbricato condizione dell'azione ex art. 713 c.c., sotto il profilo della "possibilità giuridica", e non potendo la pronuncia del giudice realizzare un effetto maggiore e diverso rispetto a quello che è consentito alle parti nell'ambito della loro autonomia negoziale. La mancanza della documentazione attestante la regolarità edilizia dell'edificio e il mancato esame di essa da parte del giudice sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio. [Rv. 655501 - 03]

Nell'ipotesi in cui tra i beni costituenti l'asse ereditario vi siano edifici abusivi, ogni coerede ha diritto, ai sensi dell'art. 713, comma 1, c.c., di chiedere e ottenere lo scioglimento giudiziale della comunione ereditaria per l'intero complesso degli altri beni ereditari, con la sola esclusione degli edifici abusivi, anche ove non vi sia il consenso degli altri condividenti. [Rv. 655501 - 04]

In forza delle disposizioni eccezionali di cui all'art. 46, comma 5, del D.P.R. n. 380 del 2001 e all'art. 40, commi 5 e 6, della legge n. 47 del 1985, lo scioglimento della comunione (ordinaria o ereditaria) relativa ad un edificio abusivo che si renda necessario nell'ambito dell'espropriazione di beni indivisi (divisione c.d. "endoesecutiva") o nell'ambito del fallimento (ora, liquidazione giudiziale) e delle altre procedure concorsuali (divisione c.d. "endoconcorsuale") è sottratto alla comminatoria di nullità prevista, per gli atti di scioglimento della comunione aventi ad oggetto edifici abusivi, dall'art. 46, comma 1, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e dall'art. 40, comma 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47. [Rv. 655501 - 05]

* * *

BARBARA KNOLL*

LA DIVISIONE DELLA COMUNIONE EREDITARIA E IL FABBRICATO ABUSIVO

SOMMARIO: 1. Riassunto dei fatti di causa e questioni giuridiche. 2. Le varie tipologie di divisione. 3. Brevi cenni all'istituto della divisione ereditaria negli ordinamenti di Austria e Germania. 4. Gli edifici abusivi e la limitazione della divisibilità. 5. Le questioni esaminate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. 6. Osservazioni conclusive.

1. Riassunto dei fatti di causa e questioni giuridiche

Il caso posto all'esame delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione trae origine da una domanda giudiziale di divisione proposta dal curatore fallimentare nei confronti dei fratelli del fallito volta ad ottenere lo scioglimento della comunione ereditaria sorta tra i fratelli avente ad oggetto un bene immobile.

In particolare il curatore fallimentare chiamava in giudizio, davanti al Tribunale di Palermo, i fratelli del fallito L.R.M. e L.R.F. per ottenere lo scioglimento della comunione ereditaria instauratasi a seguito del decesso del loro genitore. La comunione ereditaria

* Dottoranda di ricerca e Assistente universitario di diritto privato, Istituto di diritto italiano, Università di Innsbruck.

riguardava un fabbricato destinato ad abitazione civile, sopraelevato in assenza di concessione edilizia, nel periodo tra l'anno 1970 e l'anno 1976. Parte attrice chiedeva l'assegnazione della quota di proprietà del cespite spettante al fallito e, in subordine e in caso di non comoda divisibilità e di mancata richiesta di attribuzione da parte degli altri coeredi, la vendita del suddetto fabbricato con riparto tra i coeredi. Parte attrice chiedeva inoltre la condanna dei convenuti al pagamento di un'indennità a titolo di occupazione dell'immobile.

I convenuti non si costituivano in giudizio e il Tribunale di Palermo rigettava le domande attoree.

La curatela del fallimento impugnava la sentenza di primo grado. La Corte d'Appello di Palermo respingeva la domanda attorea e confermava la pronuncia di primo grado. Secondo la Corte lo scioglimento, anche giudiziale, della comunione ereditaria non poteva essere disposto, perché il fabbricato era stato sopraelevato senza concessione edilizia nel periodo tra il 1970 e il 1976. La Corte adita qualificava lo scioglimento della comunione ereditaria quale atto *inter vivos* e lo assoggettava alla disciplina in materia di norme urbanistiche e di cui agli artt. 17 e 40 della legge n. 47/1985 applicabile al periodo di realizzazione dell'opera abusiva in questione. Tali norme postulano infatti la nullità degli atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali relativi ad edifici o loro parti dai quali non risultino le c.d. menzioni urbanistiche, ossia gli estremi della concessione edilizia o della concessione in sanatoria o ai quali non sia allegata copia della domanda in sanatoria corredata dalla prova del versamento delle prime due rate di oblazione.

La Corte d'Appello adita riteneva infatti che la suddetta divisione non rientrasse tra le ipotesi previste al comma 5 dell'art. 46, D.P.R. 06.06.2001, n. 380 che escludono la nullità degli atti posti in essere nell'ambito dell'espropriazione di beni indivisi o nell'ambito del fallimento o delle altre procedure concorsuali, ipotizzando che la norma in questione si riferisse solamente ai casi di vendita posti in essere nell'ambito di procedure esecutive e pertanto non estendibile alle divisioni. Infine, la Corte rigettava anche la domanda di condanna del pagamento di un'indennità per il godimento dell'immobile, in virtù della mancata prova dell'esclusiva disponibilità del bene da parte dei convenuti.

La curatela del fallimento proponeva ricorso per Cassazione sulla base di due motivi.

Col primo motivo di ricorso deduceva la violazione e falsa applicazione degli artt. 46, comma 1, del D.P.R. n. 380 del 2001 e 40, comma 2, della l. n. 47 del 1985. Nello specifico la ricorrente lamentava che la Corte d'Appello non aveva tenuto conto della circostanza che l'art. 40, comma 2, della l. n. 47 del 1985 non menziona espressamente, tra gli atti per cui prevede la sanzione della nullità in assenza di regolare concessione edilizia, quelli di scioglimento della comunione.

Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente lamentava l'errata qualificazione giuridica data dalla Corte d'Appello agli atti di scioglimento delle comunioni ereditarie facendoli rientrare tra gli atti *inter vivos*, con conseguente applicazione delle previsioni di cui agli artt. 46, comma 1, del D.P.R. n. 380 del 2001 e 40, comma 2, della l. n. 47 del 1985. Riteneva infatti parte ricorrente trattarsi di atti *mortis causa*.

I convenuti L.R.M. e L.R.F. non svolgevano attività difensive.

La Seconda Sezione Civile della Corte di Cassazione rimetteva le questioni sollevate con ordinanza interlocutoria n. 25836 d.d. 16.10.2018 al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite ritenendo trattarsi di una "questione di massima di particolare importanza".

In particolare, con l'ordinanza interlocutoria menzionata la Corte sottolineava che la giurisprudenza di legittimità aveva ritenuto che la sanzione di nullità, di cui all'art. 17, l. n. 47 del 1985 (ora D.P.R. n. 380/2001, art. 46) per i negozi aventi ad oggetto immobili privi di concessione edificatoria, riguardasse solamente gli atti *inter vivos* e non quelli *mortis causa* e quelli non autonomi rispetto ad essi. Secondo la giurisprudenza di legittimità la divisione ereditaria rientrerebbe infatti tra gli atti *mortis causa*, essendo quest'ultima un atto conclusivo della vicenda successoria. Con suddetta ordinanza la Corte qualificava tale giurisprudenza come meritevole di revisione, sia in riferimento all'inclusione dello scioglimento della comunione ereditaria tra gli atti *mortis causa*, che alla ritenuta efficacia meramente dichiarativa riconosciuta all'atto divisorio.

Il Primo Presidente disponeva dunque la trasmissione degli atti alle Sezioni Unite al fine della trattazione delle questioni sopra

prospettate. In particolare venivano sottoposte alla Corte due distinte questioni di diritto.

La prima questione riguardava la possibile inclusione degli atti di scioglimento della comunione tra gli atti *inter vivos* per i quali l'art. 40, comma 2, della l. n. 47 del 1985 prevede la sanzione della nullità.

La seconda questione di diritto da risolvere solamente in caso di risoluzione positiva della prima questione prospettata alla Corte riguardava la questione se tra gli atti *inter vivos* potessero rientrare sia gli atti di scioglimento della comunione ordinaria, che quelli di scioglimento della comunione ereditaria.

2. Le varie tipologie di divisione

Prima di affrontare le varie questioni sollevate dalla Suprema Corte di Cassazione appare utile soffermarsi sull'istituto della comunione e della divisione in termini generali. Il legislatore non prevede una definizione univoca della comunione, che trova numerose norme a sua disciplina¹. Secondo l'art. 1100 c.c. si parla di comunione "ordinaria" quando "la proprietà o altro diritto reale spetta in comune a più persone". Si tratta di una situazione di contitolarità di diritti facenti capo a più soggetti, che sono titolari di una quota ideale sull'intero bene o sul diritto oggetto della comunione².

Accanto alla comunione ordinaria di cui all'art. 1100 c.c. vi è la comunione ereditaria, che sorge in virtù della chiamata di più soggetti alla medesima eredità. Tale comunione investe tutti i beni facenti parte del patrimonio del *de cuius* e costituisce una figura speciale della comunione ordinaria. Si tratta di una comunione incidentale, che sorge indipendentemente dalla volontà dei coeredi a seguito della successione *mortis causa*.

La contitolarità di diritti non conosce però il favore dell'ordinamento. Infatti ogni comunione è destinata a sciogliersi³.

¹ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. I, Padova, 2009, pp. 763 ss.; G. BONILINI, voce *Divisione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, VI, Milano, 2006, p. 482.

² C. MIRAGLIA, *La comunione ereditaria*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, II, Padova, 2010, pp. 3 ss.

³ A. MORA, *Scioglimento della comunione ereditaria e divisione*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009, pp. 133 ss.

L'unica eccezione a tale regola è contemplata dall'art. 1112 c.c., che esclude lo scioglimento nel caso di cose che, se divise, cesserebbero di servire all'uso a cui sono destinate.

Lo scioglimento di questa situazione di contitolarità di diritti avviene normalmente attraverso l'istituto della divisione⁴. Alla divisione ordinaria, regolata dagli artt. 1100 c.c. e ss., si affianca la divisione ereditaria disciplinata agli artt. 713 c.c. e ss. Nonostante la diversa collocazione codicistica, il concetto di divisione è unitario. Per tale motivo le norme riguardanti la divisione ordinaria sono applicabili anche alla divisione ereditaria. Inoltre l'art. 1116 c.c. prevede l'applicabilità delle norme della divisione ereditaria alla divisione ordinaria in quanto compatibili. Pertanto la disciplina codicistica dell'istituto della divisione si basa su una moltitudine di norme, che si integrano a vicenda.

La divisione può essere contrattuale o amichevole oppure giudiziale. Si parla di divisione amichevole quando i partecipanti della comunione stipulano concordemente un contratto con cui intendono raggiungere lo scioglimento della comunione. Si tratta di un contratto plurilaterale a cui devono aderire tutti i partecipanti della comunione⁵. La divisione viene definita giudiziale quando viene raggiunta a seguito di azione giudiziale. Ogni partecipe è titolare di un diritto potestativo individuale volto a chiedere la cessazione dello stato di comunione⁶. La *ratio* di tale diritto potestativo è l'interesse di ciascun compartecipe ad ottenere i beni oggetto della comunione in proprietà esclusiva, come anche lo sfavore del legislatore verso uno stato prolungato di comproprietà tra i singoli soggetti. Nella comunione ereditaria tale principio è enunciato all'art. 713, comma 1, c.c.⁷, mentre l'art. 1111 c.c. regola il diritto di chiedere la divisione nella comunione ordinaria.

⁴ F. VENOSTA, in V. CUFFARO - F. DELFINI (a cura di), *Commentario del Codice Civile: Delle successioni: artt. 713-768 octies e leggi collegate*, E. GABRIELLI (diretta da), Torino, 2015, pp. 3 ss.

⁵ P. RESCIGNO (a cura di), *Codice civile: Tomo I (Artt. 1 – 1741)*, in *Le Fonti del diritto italiano*, Milano, 2018, pp. 1320 ss.

⁶ S. RAMPOLLA, in V. CUFFARO - F. DELFINI (a cura di), *Commentario del Codice Civile: Delle successioni: artt. 713-768 octies e leggi collegate*, E. GABRIELLI (diretta da), Torino, 2015, pp. 287 ss.; P. RESCIGNO (a cura di), *Codice civile: Tomo I (Artt. 1 – 1741)*, in *Le Fonti del diritto italiano*, Milano, 2018, pp. 1376 ss.

⁷ P. FORCHIELLI, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile: Art. 713 – 768, Libro 2, Delle successioni: Della divisione*, Bologna, 2000, pp. 2 ss.

In ambito di divisione del patrimonio ereditario vi è una terza modalità di divisione ossia quella effettuata dal testatore⁸. Infatti, costui ha facoltà di dividere i beni ereditari tra gli eredi da lui istituiti in virtù degli artt. 734 e 735 c.c. Il testatore può stabilire le porzioni da assegnare a ciascun erede, oppure prevedere le modalità di divisione dei beni ereditari tra i chiamati.

L'istituto della divisione ereditaria è contraddistinto, diversamente dalla divisione ordinaria, dal principio di universalità della divisione, secondo il quale la divisione deve comprendere tutte le situazioni giuridiche oggetto di comunione e deve coinvolgere tutti i compartecipi ossia tutti i coeredi. Tale principio non ha valore assoluto. Accanto ad alcune eccezioni regolate per legge è possibile derogare a tale principio anche mediante un accordo unanime dei conviventi. Una divisione parziale dell'asse ereditario è pertanto ammessa sia nel caso in cui sussista l'accordo di tutti i coeredi, sia quando, di fronte ad una domanda giudiziale in tal senso, i coeredi non si oppongano. In questo caso le assegnazioni parziali costituiscono un acconto sulla quota spettante a ciascun coerede, mentre i residui beni rimangono in comunione ereditaria.

Per quanto concerne la natura della divisione ci si limita in questa sede ad un breve cenno. La dottrina e la giurisprudenza prevalente sostengono la teoria dichiarativa della divisione⁹. I conviventi vengono pertanto considerati proprietari del bene o della porzione di bene a loro assegnato dal momento del sorgere della comunione e non dal momento della divisione. Tale teoria ruota attorno al tenore letterale dell'art. 757 c.c., che fa emergere la volontà del legislatore di dare una prevalenza di natura dichiarativa della divisione.

Ciononostante non sono mancate varie voci, prevalentemente in dottrina¹⁰, che sostengono la tesi della natura costitutiva della divisione¹¹. Secondo tale ricostruzione con il passaggio da proprietà

⁸ G. AMADIO, in P. RESCIGNO (a cura di), *La divisione del testatore ereditaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Volume II, Padova, 2010, pp. 205 ss.

⁹ G. AMADIO, *Il dogma della dichiaratività nella teoria dell'effetto divisionale*, in *Diritto civile*, Volume II, *Successioni, Donazioni, Beni*, N. LIPARI - P. RESCIGNO (diretta da), Milano, 2009, pp. 259 ss.

¹⁰ Vedi G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 694.

¹¹ Cass. 7.7.1955, n. 2122, GC, 1955, I, 1796 e App. Bari 21.1.1951, RFI, Divisione, 11; Cass. 16.11.1996, n. 10066, MGI, 1966.

indivisa a proprietà individuale sorge un nuovo diritto e pertanto la divisione sarebbe riconducibile agli atti traslativi. Come si avrà modo di rilevare in seguito, la Suprema Corte di Cassazione si è soffermata proprio su tale questione.

3. Brevi cenni all'istituto della divisione ereditaria negli ordinamenti di Austria e Germania

Secondo l'ordinamento giuridico austriaco ognuno può disporre liberamente del proprio patrimonio dopo la morte con contratto successorio (*der Erbvertrag*)¹² o con testamento (*das Testament*)¹³. Se il *de cuius* non dispone in tal senso si apre la successione legale (*die gesetzliche Erbfolge*). Pertanto la chiamata all'eredità (*die Berufung zum Erben*) avviene in virtù di un atto di disposizione posto in essere dal *de cuius* ovvero per successione legale. Nel caso in cui il *de cuius* designi più eredi, questi formano la cosiddetta comunione di eredi (*die Erbengemeinschaft*)¹⁴, in cui ogni coerede vanta un diritto su determinate quote. Nel sistema austriaco la divisione ereditaria si perfeziona con lo scioglimento volontario della comunione (*die Auflösung der Erbengemeinschaft*), oppure grazie alla nomina di un mediatore, che, in qualità di persona terza, si adopera per portare i coeredi ad uno scioglimento consensuale della comunione (*der Mediator*)¹⁵. La peculiarità della figura del mediatore è quella di operare un intervento a sostegno di tutte le parti in causa. In questo senso il mediatore non

¹² F. HAUNSCHMIDT, *Erbrecht und Testament*, Vienna, 2016, pp. 67 ss.; § 1249 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB): “Zwischen Ehegatten kann auch ein Erbvertrag, wodurch die künftige Erbschaft oder ein Teil derselben versprochen und das Versprechen angenommen wird, geschlossen werden (§ 602). Ein solcher Vertrag muss als Notariatsakt und mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werden.”

¹³ H. LANGE - K. KUCHINKE, *Erbrecht*, Monaco, 2017, pp. 43 ss.

¹⁴ H. LANGE - K. KUCHINKE, *Erbrecht*, Monaco, 2017, pp. 537 ss.; § 550 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB): “Mehrere Erben bilden in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechts eine Erbengemeinschaft. Der Anteil eines dieser Miterben richtet sich nach seiner Erbquote. Im Übrigen sind die Bestimmungen des Fünfzehnten und Sechzehnten Hauptstücks entsprechend anzuwenden.”

¹⁵ M. SCHAUER, 26. Kapitel. *Letztwillige Schiedsanordnungen*, in CZERNICH - DEIXLER-HÜBNER - SCHAUER (ed.), *Handbuch Schiedsrecht*, Vienna, 2018, pp. 777 ss.

svolge un ruolo *super partes*, bensì quello di sostegno a tutte le parti coinvolte (*allparteiliche Unterstützung*)¹⁶. Nel caso in cui non fosse possibile addivenire ad una soluzione extragiudiziale della controversia tra coeredi, quest'ultimi potranno comunque adire l'autorità giudiziaria ed esperire l'azione di divisione dell'eredità (*die Erbausinandersetzung*)¹⁷, al fine di ottenere la propria quota di eredità.

Anche l'ordinamento giuridico tedesco prevede l'istituto della comunione ereditaria¹⁸, che vede però con sfavore e a cui cerca di porre rimedio grazie all'ausilio di diversi istituti. Nel sistema in vigore in Germania è infatti possibile porre rimedio alla comunione ereditaria con la divisione contrattuale (*die Teilungsvereinbarung/der Auseinandersetzungsvertrag*)¹⁹ che prevede anche la possibilità di concordare il trasferimento delle quote ereditarie ad un coerede in cambio di un indennizzo (*die Erbteilsübertragung*)²⁰. La divisione contrattuale richiede che gli eredi si siano accordati sulle modalità di distribuzione dell'eredità. Secondo tale sistema è anche previsto che un coerede possa rinunciare ai propri diritti di comunione (*die Abschichtung*). La sua parte di eredità spetterà dunque ai restanti coeredi *ex lege*. Il coerede potrà anche alienare la sua quota di eredità, senza previo consenso dei coeredi. Se i coeredi non addiventano ad

¹⁶ U. WANDERER, *Mediation im Erbrecht. Der höfliche Erbkonflikt - ein Fall aus der Praxis*, in *Fachzeitschrift für Familienrecht (iFamZ)*, Vienna, 2/2017, 104.

¹⁷ S. HOFMANN - WELLENHOF, *Zivilrechtliche Probleme bei Erbvereinbarungen und Erbausinandersetzungen*, in RUPPE (ed.), *Handbuch der Familienverträge*, Vienna, 1985, p. 877; U. SCHMUCKERMEIER, *Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft in Deutschland, Österreich und der Schweiz - ein Rechtsvergleich*, Berlino, 24/2018.

¹⁸ H. BROX - W. D. WALKER, *Erbrecht*, Monaco, 2017, pp. 265 ss.; § 2032 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): "(1) Hinterlässt der Erblasser mehrere Erben, so wird der Nachlass gemeinschaftliches Vermögen der Erben. (2) Bis zur Auseinandersetzung gelten die Vorschriften der §§ 2033 bis 2041."; T. GERGEN, in F. J. SÄCKER - R. RIXECKER - H. OETKER - B. LIMPERG (ed.), *Mitglieder der Erbengemeinschaft*, Rn. 1-3, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 2032 BGB, Monaco, 2020.; S. RIBMANN, in J. DAMRAU - M. TANCK (ed.), *Erbengemeinschaft/Miterbe als Mandant*, Rn. 16-19, in *Praxiskommentar Erbrecht*, § 2032 BGB, Bonn, 2020.

¹⁹ § 2042 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): "(1) Jeder Miterbe kann jederzeit die Auseinandersetzung verlangen, soweit sich nicht aus den §§ 2043 bis 2045 ein anderes ergibt. (2) Die Vorschriften des § 749 Abs. 2, 3 und der §§ 750 bis 758 finden Anwendung."

²⁰ H. BROX - W. D. WALKER, *Erbrecht*, op. cit., pp. 287 ss.

una soluzione consensuale potranno comunque adire le vie legali con l'azione di divisione (*die Teilungsklage/ Erbteilungsklage*)²¹ davanti al cosiddetto *Nachlassgericht*. Per esperire tale azione è necessario che i coeredi abbiano ottemperato a tutti gli obblighi derivanti dalla chiamata all'eredità, come ad esempio aver saldato le spese funerarie ed estinto i debiti del defunto e che l'asse ereditario sia pronto per essere diviso (*teilungsreif*).

4. Gli edifici abusivi e la limitazione della divisibilità

Come sopra menzionato il principio di universalità della divisione ereditaria non è illimitato. Infatti, per alcune fattispecie il legislatore ha previsto delle restrizioni al diritto dei compartecipi di chiedere lo scioglimento della comunione, come ad esempio, nel caso di cui agli artt. 713 comma 2, 720 e 722 c.c.

Un'ulteriore eccezione riguarda i beni immobili abusivi ossia gli edifici realizzati in assenza della necessaria licenza o concessione a edificare o della concessione rilasciata in sanatoria. La questione da affrontare riguarda l'ambito di applicazione delle norme introdotte dal legislatore in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia con particolare riferimento ai negozi giuridici conclusi dai privati aventi ad oggetto immobili abusivi.

In materia urbanistica vi è stato un susseguirsi di norme che hanno sancito la nullità degli atti giuridici aventi ad oggetto fabbricati o immobili costruiti abusivamente, ossia in assenza del titolo abilitativo richiesto *ex lege*. Inizialmente la legge n. 10, del 1977 all'art. 15, comma 7, sanzionava la nullità di tali atti²². Successivamente è entrata in vigore la legge n. 47, del 28.02.1985, che ha sanzionato gli abusi edilizi posti in essere dai privati. Infatti tale legge introduce tre tipi di sanzioni: le sanzioni penali dell'ammenda e dell'arresto, le sanzioni amministrative della demolizione dell'edificio o dell'acquisizione da

²¹ S. RIBMANN, *Die Erbengemeinschaft*, Bonn, 2018, pp. 267 ss.; U. FLECHTNER, in W. BURANDT - D. ROJAHN - ERBRECHT (ed.), *Auseinandersetzung durch Erbteilungsklage*, Rn. 49-63, in *Beck'sche Kurz-Kommentare Erbrecht*, § 2042 BGB, Monaco, 2020.

²² Art. 15, comma 7, l. n. 10/77: "Gli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione sono nulli ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancata concessione".

parte dello Stato e le sanzioni civili della non negoziabilità con atti *inter vivos* dei diritti reali riguardanti tali edifici abusivi. La *ratio* della legge del 1985 era da un lato quella di ottenere un effetto deterrente, dall'altro però anche di sanzionare chi avesse disposto di immobili abusivi. In tale modo si voleva impedire la circolazione di beni realizzati in assenza delle necessarie autorizzazioni.

In particolare l'art. 17, della l. n. 47/1985 (che è stato abrogato, ma è stato sostanzialmente riprodotto dall'art. 46, D.P.R. n. 380/2001) impediva lo scioglimento di una comunione avente per oggetto un immobile abusivo²³.

L'art. 40, comma 2, l. n. 47/1985 regolava invece le costruzioni abusive realizzate prima dell'entrata in vigore della legge²⁴.

²³ Art. 17, comma 1, l. n. 47/85: “Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della presente legge, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria rilasciata ai sensi dell'art. 13. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù”.

Art. 46, comma 1, D.P.R. n. 380/2001: “Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù”.

²⁴ Art. 40, comma 2, l. n. 47/85: “Gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali, esclusi quelli di costituzione, modificazione ed estinzione di diritti di garanzia o di servitù, relativi ad edifici o loro parti, sono nulli e non possono essere rogati se da essi non risultano, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ai sensi dell'articolo 31 ovvero se agli atti stessi non viene allegata la copia per il richiedente della relativa domanda, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione, ovvero copia autentica di uno degli esemplari della domanda medesima, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione e non siano indicati gli estremi dell'avvenuto versamento delle prime due rate dell'oblazione di cui al sesto comma dell'articolo 35. Per le opere iniziate anteriormente al 1° settembre 1967, in luogo degli estremi della licenza edilizia può essere prodotta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, rilasciata dal proprietario o altro avente titolo, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 4 della legge 4 gennaio 1968, n. 15, attestante che l'opera risulti iniziata in data anteriore al 1° settembre 1967. Tale dichiarazione può essere ricevuta e inserita nello stesso atto, ovvero in documento separato da allegarsi all'atto medesimo. Per gli edifici di proprietà comunale, in luogo degli estremi della licenza edilizia o della concessione di edificare, possono essere prodotti quelli della deliberazione con la quale il progetto è stato approvato o l'opera autorizzata”.

Secondo una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione tali norme prevedono un'ipotesi di nullità testuale ai sensi dell'art. 1418, comma 3, c.c.²⁵ Infatti secondo la pronuncia in questione gli artt. 46, D.P.R. n. 380/2001 e 17 e 40, l. n. 47/1985 costituiscono norme imperative in materia urbanistico-ambientale, poste a tutela dell'interesse generale all'ordinato assetto del territorio. Per questo motivo la violazione di tali norme comporta una nullità rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio²⁶. Tale nullità riguarda solo il caso di costruzione di un edificio in assenza di una qualsiasi autorizzazione e non invece il diverso caso di costruzione in difformità del reale titolo edilizio. Da ciò si deduce che un contratto avente ad oggetto un immobile sia valido e non comminato dalla sanzione della nullità prevista in materia urbanistica a prescindere dalla conformità o meno della costruzione al titolo abilitativo rilasciato.

5. *Le questioni esaminate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*

In primo luogo, la pronuncia in rassegna si pone la domanda se gli atti di scioglimento della comunione ricadano negli atti *inter vivos* per i quali l'art. 40, comma 2, della l. n. 47 del 1985 prevede la sanzione della nullità. Inoltre, e solo in caso affermativo, se tra questi vi rientrino sia le comunioni ordinarie, che le comunioni ereditarie.

La Suprema Corte di Cassazione ha per lungo tempo e in numerose pronunzie escluso l'applicazione della disciplina urbanistica agli atti di scioglimento della comunione relativi ad edifici abusivi non sanati realizzati prima dell'entrata in vigore della legge n. 47 del 1985. Tale

²⁵ Cass., Sez. Un., n. 8230 del 22.03.2019: “La nullità comminata dall'art. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 e dagli artt. 17 e 40 della l. n. 47 del 1985 va ricondotta nell'ambito del comma 3 dell'art. 1418 cod. civ., di cui costituisce una specifica declinazione, e deve qualificarsi come nullità “testuale”, con tale espressione dovendo intendersi, in stretta adesione al dato normativo, un'unica fattispecie di nullità che colpisce gli atti tra vivi ad effetti reali elencati nelle norme che la prevedono, volta a sanzionare la mancata inclusione in detti atti degli estremi del titolo abilitativo dell'immobile, titolo che, tuttavia, deve esistere realmente e deve esser riferibile, proprio, a quell'immobile. Pertanto, in presenza nell'atto della dichiarazione dell'alienante degli estremi del titolo urbanistico, reale e riferibile all'immobile, il contratto è valido a prescindere dal profilo della conformità o della difformità della costruzione realizzata al titolo menzionato”.

²⁶ Cfr. Cass. Sez. Un., n. 23825 del 11.11.2009; Cass., Sez. 2, n. 6684 del 07.03.2019.

tesi si basava sul diverso tenore letterale delle norme di cui agli artt. 40, l. n. 47/1985 (concernente gli abusi già posti in essere prima del 1985) e 46, D.P.R. n. 380/2001. Infatti solo la seconda contempla espressamente lo scioglimento della comunione. Pertanto in virtù del canone interpretativo “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*” si riteneva che l’art. 40, comma 2, l. n. 47/1985 non fosse applicabile agli atti di scioglimento della comunione proprio in virtù della mancata indicazione esplicita di quest’ultimi.

Le Sezioni Unite si discostano da tale impostazione, assumendo una nozione di atti *inter vivos* più ampia, che comprende anche gli atti di scioglimento della comunione. Secondo la Corte gli artt. 40, comma 2, l. n. 47/1985 e 46, D.P.R. n. 380/2001 hanno la medesima portata applicativa a prescindere dal diverso tenore letterale delle norme. Pertanto anche l’art. 40, comma 2, della legge n. 47/1985 è applicabile agli atti di scioglimento delle comunioni²⁷.

Le norme urbanistiche non si applicano invece agli atti *mortis causa*, agli atti *inter vivos* senza efficacia traslativa reale e agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari individuali o concorsuali ai sensi dell’art. 46, comma 5, D.P.R. n. 380/2001.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione enunciano in riferimento alla prima questione di diritto il seguente principio: “*Gli atti di scioglimento delle comunioni relativi ad edifici, o a loro parti, sono soggetti alla comminatoria della sanzione della nullità prevista dall’art. 40, secondo comma, della legge n. 47 del 1985 per gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici realizzati prima della entrata in vigore della legge n. 47 del 1985 dai quali non risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ovvero ai quali non sia unita copia della domanda di sanatoria corredata dalla prova del versamento delle prime*

²⁷ Cass. Sez. Un., n. 25021 del 07.10.2019: “*In sostanza, l’art. 40, comma 2, della legge n. 47 del 1985 indica gli atti oggetto della comminatoria di nullità in modo ellittico e sintetico, attraverso l’amplessima formula «atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali (...) relativi ad edifici o loro parti»; tale espressione, sul piano logico-semantic, risulta comprensiva di tutti gli atti inter vivos aventi ad oggetto diritti reali relativi ad edifici, qualunque effetto giuridico abbiano, eccettuati solo gli atti espressamente esclusi. Pertanto, come - nella detta formula - devono ritenersi senza dubbio compresi gli atti di trasferimento o di costituzione di diritti reali aventi ad oggetto edifici o loro parti (anch’essi non espressamente previsti), così non vi sono ragioni per escludere - sul piano dell’interpretazione letterale - gli atti di scioglimento della comunione se e in quanto aventi ad oggetto edifici (o loro parti)».*

due rate di oblazione o dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante che la costruzione dell'opera è stata iniziata in data anteriore al 10 settembre 1967”.

La seconda questione di diritto posta alla Suprema Corte di Cassazione si basa sul principio di diritto sopra menzionato, ossia se tra gli atti *inter vivos*, per cui l'art. 40, comma 2, l. n. 47/1985 prevede la sanzione della nullità, possano rientrare sia gli atti di scioglimento della comunione ordinaria, che quelli di scioglimento della comunione ereditaria. Tale questione si ricollega a quella che concerne la natura giuridica da attribuire all'atto di divisione della comunione ereditaria, ossia alla qualifica dello stesso quale atto *mortis causa* o negozio *inter vivos*. Infatti solo nel secondo caso si potrebbe estendere l'ambito applicativo dell'art. 40, comma 2, l. n. 47/1985 anche agli atti di scioglimento delle comunioni ereditarie.

La giurisprudenza di legittimità ha per lungo tempo ritenuto risolvere la questione nel senso di assimilare tale atto agli atti *mortis causa*, ritenendo non applicabile la legge n. 47/1985. Si riteneva infatti che lo scioglimento della comunione ereditaria costituisse l'atto conclusivo della vicenda successoria e pertanto un atto non autonomo rispetto agli atti *mortis causa*²⁸.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ritengono di non poter condividere tale affermazione e adottano una lettura inclusiva, ritenendo che la norma sia applicabile agli atti di scioglimento di tutte le comunioni, ossia sia alle comunioni ordinarie, che quelle ereditarie²⁹. Infatti entrambi i tipi di scioglimento di comunione fanno cessare lo stato di contitolarità sui beni facenti parte della stessa e comportano una ripartizione dei beni. Si tratta in entrambi i casi di contratti plurilaterali ad effetti reali e con funzione distributiva.

In questa occasione le Sezioni Unite disattendono la tesi prevalente della natura meramente dichiarativa della divisione e ribadiscono la natura costitutiva della stessa, ritenendo che mediante la divisione si

²⁸ Vedi Cass., Sez. 2, n. 15133 del 28.11.2001; Cass., Sez. 2, n. 2313 del 01.02.2010.

²⁹ Cass. Sez. Un., n. 25021 del 07.10.2019: “Deve allora concludersi, sul punto, che l'atto di scioglimento della comunione ereditaria costituisce un negozio *inter vivos*, allo stesso modo dell'atto di scioglimento della comunione ordinaria”.

verifichi un mutamento della situazione effettiva tra i compartecipi. Pertanto si attribuisce valore costitutivo-traslativo all'atto divisorio³⁰.

Sulla base di tali ragionamenti, la Corte di Cassazione enuncia il seguente principio di diritto: *“Gli atti di scioglimento della comunione ereditaria sono soggetti alla comminatoria della sanzione della nullità, prevista dall'art. 46, comma 1, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (già art. 17 della legge 28 febbraio 1985, n. 47) e dall'art. 40, comma 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, per gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici o a loro parti dai quali non risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria”*.

6. Osservazioni conclusive

Le Sezioni Unite si soffermano in conclusione su due ulteriori questioni; *in primis* ribadiscono che le conclusioni svolte in tema di scioglimento della comunione ereditaria in generale sono anche applicabili alla divisione “giudiziale” dell'eredità. Infatti se non fosse applicabile il regime preclusivo in materia urbanistica anche alla divisione giudiziale, sarebbe oltremodo agevole per i compartecipi l'elusione delle norme imperative di cui agli artt. 40, comma 2, l. n. 47/1985 e 46, D.P.R. n. 380/2001 mediante il ricorso al giudice.

Secondo le Sezioni Unite la regolarità di un fabbricato costituisce una condizione per l'azione di divisione ai sensi dell'art. 713 c.c. sotto il profilo della possibilità giuridica. Il giudice adito da uno dei compartecipi non può pertanto disporre lo scioglimento della divisione nel caso ci sia un fabbricato abusivo. Su tale punto le Sezioni Unite statuiscano quanto segue: *“Quando sia proposta domanda di scioglimento di una comunione (ordinaria o ereditaria che sia), il giudice non può disporre la divisione che abbia ad oggetto un fabbricato abusivo o parti di esso, in*

³⁰ Cass. Sez. Un., n. 25021 del 07.10.2019: *“Tuttavia, sul piano della modificazione della sfera giuridica dei conviventi, è indubbio come nel fenomeno divisorio sia insito un effetto costitutivo, sostanzialmente traslativo, perché con la divisione ogni convivente perde la (com)proprietà sul tutto (che prima aveva) e - correlativamente - acquista la proprietà individuale ed esclusiva sui beni a lui assegnati (che prima non aveva): le quote ideali spettanti a ciascun convivente su tutti i beni facenti parte della comunione sono convertite in titolarità esclusiva su taluni singoli beni. Deve, pertanto, riconoscersi che la divisione ha una natura specificativa, attributiva, che impone di collocarla tra gli atti ad efficacia tipicamente costitutiva e traslativa (efficacia, peraltro, della quale non si dubitava né nel diritto romano né in quello intermedio)”*.

assenza della dichiarazione circa gli estremi della concessione edilizia e degli atti ad essa equipollenti, come richiesti dall'art. 46, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dall'art. 40, comma 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, costituendo la regolarità edilizia del fabbricato condizione dell'azione ex art. 713 cod. civ., sotto il profilo della "possibilità giuridica", e non potendo la pronuncia del giudice realizzare un effetto maggiore e diverso rispetto a quello che è consentito alle parti nell'ambito della loro autonomia negoziale. La mancanza della documentazione attestante la regolarità edilizia dell'edificio e il mancato esame di essa da parte del giudice sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio".

Da ultimo le Sezioni Unite ribadiscono la possibilità di disporre, in presenza di un edificio abusivo e su richiesta di un interessato, lo scioglimento parziale della eredità, con esclusione dell'immobile costruito in assenza di concessione edilizia. Una tale divisione parziale è ammissibile sia in via contrattuale, che giudiziale. Le Sezioni Unite ritengono che: *"Allorquando tra i beni costituenti l'asse ereditario vi siano edifici abusivi, ogni coerede ha diritto, ai sensi dell'art. 713, primo comma, cod. civ. di chiedere e ottenere lo scioglimento giudiziale della comunione ereditaria per l'intero complesso degli altri beni ereditari, con la sola esclusione degli edifici abusivi, anche ove non vi sia il consenso degli altri conviventi"*.

Infine, soffermandosi sulla disposizione eccezionale della sanzione di nullità per gli edifici posti in essere privi di concessione edilizia di cui all'art. 46, comma 5, D.P.R. n. 380/2001, le Sezioni Unite stabiliscono che la divisione endoesecutiva e quella endoconcorsuale siano da ricomprendere tra gli atti sottratti alla sanzione della nullità di cui agli artt. 46, D.P.R. n. 380/2001 e 40, l. n. 47/1985. Sottolinea la Corte che se si negasse tale esenzione dalla comminatoria di nullità, si finirebbe per avvantaggiare il proprietario dell'edificio abusivo in pregiudizio ai creditori. Pertanto, conclude che: *"In forza delle disposizioni eccezionali di cui all'art. 46, comma 5, del D.P.R. n. 380 del 2001 e all'art. 40, commi 5 e 6, della legge n. 47 del 1985, lo scioglimento della comunione (ordinaria o ereditaria) relativa ad un edificio abusivo che si renda necessaria nell'ambito dell'espropriazione di beni indivisi (divisione c.d. "endoesecutiva o nell'ambito del fallimento (ora, liquidazione giudiziale) e delle altre procedure concorsuali (divisione c.d. "endoconcorsuale") è sottratta alla comminatoria di nullità prevista, per gli atti di scioglimento della comunione aventi ad oggetto edifici abusivi, dall'art. 46, comma 1, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dall'art. 40, comma 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47"*.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AMADIO G., in P. RESCIGNO (a cura di), *La divisione del testatore ereditaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, II, Padova, 2010, pp. 205 ss.; AMADIO G., *Il dogma della dichiaratività nella teorica dell'effetto divisionale*, in *Diritto civile, Volume II, Successioni, Donazioni, Beni*, N. LIPARI - P. RESCIGNO (dir. da), Milano, 2009, pp. 259 ss.; BONILINI G., voce *Divisione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, VI, Milano, 2006, p. 482.; BROX H. - WALKER W. D., *Erbrecht*, Monaco, 2017; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, Milano, 2002.; FLECHTNER U., in W. BURAND - D. ROJAHN - ERBRECHT (ed.), *Auseinandersetzung durch Erbteilungsklage*, Rn. 49-63, in *Beck'sche Kurz-Kommentare Erbrecht*, § 2042 BGB, Monaco, 2020; FORCHIELLI P., in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile: Art. 713 – 768, Libro 2, Delle successioni: Della divisione*, Bologna, 2000, pp. 2 ss.; GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, Vol. I, Padova, 2009, pp. 763 ss.; GERGEN T., in F. J. SÄCKER - R. RIXECKER - H. OETKER - B. LIMPERG (ed.), *Mitglieder der Erbengemeinschaft*, Rn. 1-3, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 2032 BGB, Monaco, 2020; HAUNSCHMIDT F., *Erbrecht und Testament*, Vienna, 2016, pp. 67 ss.; HOFMANN-WELLENHOF S., *Zivilrechtliche Probleme bei Erbvereinbarungen und Erbauseinandersetzungen*, in RUPPE (ed.), *Handbuch der Familienverträge*, Vienna, 1985, p. 877; LANGE H. - KUCHINKE K., *Erbrecht*, Monaco, 2017, pp. 43 ss.; MIRAGLIA C., in P. RESCIGNO (a cura di), *La comunione ereditaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Volume II, Padova, 2010, pp. 3 ss.; MORA A., *Scioglimento della comunione ereditaria e divisione*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009, pp. 133 ss.; RAMPOLLA S., in V. CUFFARO - F. DELFINI (a cura di), *Commentario del Codice Civile: Delle successioni: artt. 713-768 octies e leggi collegate*, E. GABRIELLI (dir. da), Torino, 2015, pp. 287 ss.; RESCIGNO P. (a cura di), *Codice civile: Tomo I (Artt. 1 – 1741)*, in *Le Fonti del diritto italiano*, Milano, 2018; RIBMANN S., *Die Erbengemeinschaft*, Bonn, 2018, pp. 267 ss.; S. RIBMANN, in J. DAMRAU - M. TANCK (ed.), *Erbengemeinschaft/Miterbe als Mandant*, Rn. 16-19, in *Praxiskommentar Erbrecht*, § 2032 BGB, Bonn, 2020.; SCHAUER M., 26. *Kapitel. Letztwillige Schiedsanordnungen*, in CZERNICH – DEIXLER – HÜBNER - SCHAUER (ed.), *Handbuch Schiedsrecht*, Vienna, 2018, pp. 777 ss.; SCHMUCKERMEIER U., *Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft in Deutschland, Österreich und der Schweiz - ein Rechtsvergleich*, Berlino, 24/2018.; VENOSTA F., in V. CUFFARO - F. DELFINI (a cura di), *Commentario del Codice Civile: Delle successioni: artt. 713-768 octies e leggi collegate*, E. GABRIELLI (diretto

da), Torino, 2015, pp. 3 ss.; WANDERER U., *Mediation im Erbrecht. Der höfliche Erbkonflikt - ein Fall aus der Praxis*, in *Fachzeitschrift für Familienrecht* (iFamZ), Vienna, 2/2017, p. 104.

Corte di Cassazione – Sezione I Civile, sentenza 27 novembre 2019, n. 31051 – *Presidente* Antonio Didone – *Relatore-Estensore* Aldo A. Dolmetta – *Ricorrente* V. S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore* – *Controricorrente* Fallimento A. R. S.p.A., in persona del curatore *pro tempore*

SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA – PEGNO DI QUOTE – PATTO DI ROTATIVITÀ – FALLIMENTO – ISCRIZIONE NEL REGISTRO DELLE IMPRESE

Le quote di società a responsabilità limitata, che non possono essere formate da titoli azionari e perciò non sono beni mobili, rappresentano la “partecipazione” dei soci al contratto sociale e allo svolgimento dell’impresa che da questo promana, esulando dall’ambito dei semplici diritti di credito; ne consegue che la costituzione in pegno di dette quote è soggetta alla regola residuale dell’art. 2806 c.c., riguardante i diritti diversi dai crediti, e il diritto di pegno risulta pertanto costituito con l’iscrizione del relativo atto nel registro delle imprese. [Rv. 656275 – 01]

* * *

SERENA M. SCALERA*

IL PEGNO DI QUOTE DI S.R.L. SI COSTITUISCE CON L’ISCRIZIONE NEL REGISTRO DELLE IMPRESE

SOMMARIO: 1. Riassunto dei fatti e problema giuridico. - 2. Motivi di ricorso. - 3. La fattispecie del pegno rotativo di titoli. - 4. Il pegno rotativo: prospettive future. - 5. La decisione nel caso esaminato.

1. Riassunto dei fatti e problema giuridico

Con la pronuncia del 27 novembre 2019, n. 31051, la Corte di Cassazione ha formulato il principio di diritto secondo cui la costituzione in pegno di quote di società a responsabilità limitata è soggetta al disposto dell’art. 2806 c.c., e pertanto il diritto di pegno

* Dottoranda di ricerca e Assistente universitario di diritto privato, Istituto di diritto italiano, Università di Innsbruck.

risulta costituito con iscrizione del relativo atto nel registro delle imprese.

La V. S.p.A. chiede di essere ammessa al passivo fallimentare della A.R. S.p.A., che in qualità di terza datrice aveva dato in pegno alla prima le quote di una serie di società a responsabilità limitata, sottoposte all'attività di direzione e coordinamento della stessa datrice, a garanzia di un debito della controllata s.r.l., poi a sua volta fallita. Il Giudice delegato accogliendo l'eccezione revocatoria presentata dal curatore fallimentare, dichiara l'inefficacia della garanzia pignorizia ex artt. 64 e 67, comma 2, l. fall. La V. S.p.A. propone, dunque, opposizione dinanzi al Tribunale di Reggio Emilia, ai sensi degli artt. 98 ss. l. fall. Il Tribunale adito respinge l'opposizione con decreto successivamente impugnato dinanzi alla Corte di Cassazione, al quale il fallimento (OMISSIS) resiste con controricorso.

2. Motivi di ricorso

Il ricorrente fonda la propria impugnazione su otto motivi. Il primo di essi si riferisce alla decisione relativa alla revoca ex art. 67, comma 2, l. fall. e lamenta la violazione della norma di diritto l. fall., art. 69 bis, comma 2, sostenendo che sia stata a lei proposta domanda di concordato cd. in bianco (art. 161, comma 6 l. fall.) cui è seguita, senza medi, la dichiarazione di fallimento. Pertanto, ritiene il ricorrente non si sia perfezionata alcuna domanda di concordato preventivo.

Il secondo e il terzo motivo si riferiscono anch'essi alla decisione relativa alla revoca ex art. 67, comma 2, l. fall. riferendosi entrambi alle modalità costitutive del diritto di pegno su quote di s.r.l., il secondo motivo lamenta la violazione degli artt. 2352, 2471 *bis*, 2469, 3470, 2787 e 2806 c.c. e il terzo, ad esso subordinabile, la violazione dell'art. 2470 c.c. Più specificatamente viene denunciata la mancanza di una disciplina specifica per la costituzione in pegno di quote di s.r.l., e il fatto che questa si ricavi dal combinato disposto dell'art. 2787, comma 3, e dell'art. 2704 c.c., da cui deriva che il pegno di quote si attui mediante scrittura privata autenticata, che in quanto tale ha data certa ed è opponibile a terzi, incluso nel caso specifico il curatore fallimentare. La violazione dell'art. 2470 c.c., la cui applicazione al caso concreto avrebbe comportato la revocabilità della

garanzia, in quanto il disposto prevede il decorrere dell'efficacia del trasferimento di quote, nei confronti della società, dal momento del deposito del relativo atto presso il registro delle imprese.

Anche i successivi motivi di ricorso si riferiscono alla revoca *ex art.* 67, comma 2, L. fall.: il quarto motivo denuncia la violazione dell'art. 112 c.p.c., rilevando nel decreto del Tribunale di Reggio Emilia in merito all'opposizione al fallimento la non corrispondenza tra chiesto e pronunciato. La violazione dell'art. 99, comma 12, L. fall., e dell'art. 135, comma 4, c.p.c. viene rilevata nel quinto motivo di ricorso.

Il sesto e il settimo motivo riguardano la *scientia decoctionis*: il primo rileva che ci sia stata violazione dell'art. 67 L. fall., poiché il Tribunale avrebbe errato nel ritenere che la prova dello stato di insolvenza debba concernere la situazione del garante e non del debitore; il secondo assume la violazione dell'art. 2727 c.c.

Da ultimo l'ottavo motivo di ricorso riguarda la dichiarazione di inefficacia *ex art.* 64, L. fall.

3. *La fattispecie del pegno rotativo di titoli*

Nel presente capitolo verrà analizzato l'istituto del pegno rotativo (di titoli) da una prospettiva nazionale e di diritto comparato, per la quale verranno presi in considerazione ordinamenti di lingua tedesca.

La prima ipotesi di pegno non possessorio fu introdotta dal legislatore italiano con la legge 4 luglio 1985, n. 401, rubricata "Norme sulla costituzione del pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata". La norma in questione sanciva che gli operatori qualificati come produttori potessero costituire pegno attraverso l'apposizione sulla coscia di uno speciale contrassegno indelebile, in qualsiasi fase della lavorazione, a cura del creditore pignoratizio. A ciò si aggiungeva la contestuale annotazione su appositi registri vidimati annualmente. Tale modalità costituiva modalità alternativa a quella ordinaria, disciplinata dall'art. 2786 c.c., in virtù del quale il pegno si costituisce tramite lo spossessamento del bene oggetto di garanzia. La legge n. 401/1985 dava, quindi, al debitore la possibilità e la facoltà di disporre del bene oggetto della garanzia ai soli fini della lavorazione, favoriva al contempo il processo produttivo e la trasformazione del bene oppignorato e, infine, dava valore a quest'ultimo in chiave di tutela del creditore.

Si veniva così a creare una fattispecie alternativa a quella tradizionale, disciplinata dagli artt. 2786 ss. c.c., che si caratterizzava per la sua cd. *rotatività*, poiché la garanzia si trasferiva *ipso facto* e *ipso iure* al prodotto finale.¹

Questa sottocategoria di pegno si caratterizza per la presenza della cd. *garanzia rotativa*, ossia una “forma di garanzia reale che consenta la sostituibilità o mutabilità nel tempo del suo oggetto senza comportare, ad ogni mutamento, la rinnovazione del compimento delle modalità richieste per la costituzione del vincolo o per il sorgere del diritto di prelazione, ovvero senza che tale mutamento dia luogo alle condizioni di revocabilità, ordinaria o fallimentare, dell’operazione economica in tal modo posta in essere”.²

Dalla generalizzazione della legge n. 401/1985 e di altre norme, quali la legge n. 122/2001 in materia di pegno su prodotti agroalimentari in riferimento all’assenza di spossessamento e alla rotatività, l’art. 46 del decreto legislativo n. 385/1993 in materia di privilegio convenzionale per quanto concerne la rotatività e il decreto legislativo n. 170/2014 (norma di ricezione della Direttiva 2002/47/CE in materia di *financial collateral*) in riferimento ai rimedi in autotutela nell’escussione e alla rotatività, il legislatore ha introdotto nel 2016, con l’art. 1 commi da 1 a 10-*bis*, del d.l. 3 maggio n. 56, convertito con modifiche in legge 30 giugno 2016, n. 119, una disciplina organica sul pegno non possessorio.

L’istituto del pegno, disciplinato dai paragrafi 1204 ss. del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) tedesco, sancisce anch’esso la necessità, ai fini della costituzione della garanzia pignoratizia, dello spossessamento del bene oppignorato (§1205 BGB), cd. *Faustpfand*.

¹ Una tale garanzia “fluttuante”, già esistente nei sistemi di *common law* sotto forma di c.d. *floating charge* inglese, garanzia reale mobiliare che si trasferisce da un bene ad un altro, trova il suo corrispondente nel tedesco *Raumsicherungsvertrag*, ossia una garanzia mobiliare con oggetto merci depositate in un luogo definito che vengono continuamente prelevate e spostate dall’imprenditore concedente la garanzia. Dunque, anche in tal caso viene reso possibile al creditore il soddisfacimento del proprio credito e al debitore la possibilità di utilizzare e modificare i beni oppignorati, sostituendoli con altri di pari valore.

² G. BOLLINI e A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti: artt. 2784-2906*, in *Commentario del Codice Civile*, (diretta da) E. GABRIELLI, Torino, 2015, pp. 72 ss.

Questo però non costituisce il fondamento delle garanzie senza spossessamento presenti nell'ordinamento tedesco.

Le *besitzlose Mobilitärsicherheiten*, che hanno preso sempre più piede nella prassi, con il sostegno di dottrina e giurisprudenza a seguito della scelta del legislatore germanico di non esprimersi in merito alla loro eventuale inammissibilità, costituiscono varianti atipiche (*Sonderformen*) dell'istituto della cessione (*Abtretung*), disciplinata dai paragrafi 398 ss. BGB. Esempio di tali istituti sono la *Sicherungsabtretung* o *Sicherungscession*,³ che si ha quando il creditore del credito ceduto è a sua volta debitore nei confronti del cessionario e cede il credito in garanzia,⁴ il *verlängerte Eigentumsvorbehalt*,⁵ e la *Globalcession*, ossia la cessione in massa di pacchetti di crediti (futuri), utilizzata per lo più nella prassi bancaria.⁶

Nonostante nell'ordinamento tedesco sussista il divieto della *lex commissoria* (§ 1229 BGB), questo non è stato mai reso dalla giurisprudenza parametro di proporzionalità tra garanzia e credito, assicurata *ex post* tramite un controllo basato sulle clausole generali del divieto di stipulare negozi contrari a buon costume ex § 138 BGB e del *Treu und Glaube* ex § 242 BGB. “Ciò è evidente soprattutto nell'ambito delle c.d. *revolvierende Globalsicherheiten*, che sono garanzie costituite, nel caso in cui abbiano ad oggetto beni corporali, dalla cessione in garanzia dell'intero complesso dei depositi di merci delle imprese, oppure, in relazione ai crediti, dalle cessioni in massa di pacchetti di crediti (*Globalcession*).”⁷

³ Tale istituto prende anche il nome di *stille Zession*, poiché non è necessaria pubblicità nei confronti del debitore ceduto.

⁴ In tal caso, quindi, il cessionario non diventa creditore e il credito ceduto non dev'essere trasferito definitivamente nel suo patrimonio, ma la cessione ha esclusivamente funzione di garanzia. Vedasi: ROTH/KIENINGER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Monaco, 2019, § 398, Rn. 100-105.

⁵ Tale riserva di proprietà è un caso particolare di cessione di crediti (*Sicherungsabtretung*) futuri a titolo di garanzia in favore dei fornitori di beni: vengono ceduti crediti derivanti o relativi alla vendita o alla lavorazione di merci fornite con riserva di proprietà.

⁶ Cfr. S. KESSAL-WULF, *Recht der Kreditsicherung*, in *Staudingers Kommentar zum BGB, Eckpfiler des Zivilrechts*, Berlino, 2012/2013, pp. 598 ss.

⁷ F. FIORENTINI, *Il pegno*, in *Trattato dei diritti reali*, (diretto da) GAMBARO A. e MORELLO U., vol. V, Milano, 2014, p. 33.

Sullo stesso sopracitato principio della necessaria *traditio rei* al fine di costituire un pegno (*Fauspfandsprinzip*), si basa anche la disciplina austriaca dell'istituto in questione, regolata dai paragrafi 447 ss. dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB). Oggetto del diritto di garanzia è “ciascun bene assoggettabile a circolazione”⁸ (§ 448 ABGB), statuizione che include beni materiali e immateriali, tra i quali figurano anche diritti di credito (*Forderungsrechte*), diritti reali di godimento (*dingliche Rechte*) e diritti assoluti (*absoluten Rechte*), dove la costituzione del pegno su diritti di credito è da tenere distinta da altre forme atipiche di garanzia, corrispondenti all'istituto oggetto di commento, nate dalla prassi contrattuale, quali ad esempio la *Sicherungscession*. Pur essendo entrambi assoggettati alla stessa disciplina, il primo comporta il trasferimento di un diritto non pieno sul bene oppignorato, diritto che diventa quasi un diritto di godimento dello stesso; la seconda, invece, consente al creditore di soddisfarsi sul credito stesso in caso di inadempimento del soggetto concedente la garanzia.⁹

Tornando al nostro ordinamento giuridico e all'evoluzione del pegno rotativo, la giurisprudenza ha reso ammissibile la costituzione di tale tipologia di pegno, anche qualora questo avesse ad oggetto titoli di credito: la Corte di Cassazione con sentenza 28 maggio 1998, n. 5264, riconosce per la prima volta la piena efficacia del pegno rotativo, asserendo che la sostituzione del bene oggetto di garanzia con un altro, in virtù di un patto di rotatività, soddisfa ugualmente l'interesse del creditore e allo stesso tempo non leda i diritti degli altri creditori, qualora i due beni, quello sostituito e quello sostitutivo, abbiano eguale valore, poiché in tal modo il vincolo non colpisce una maggior parte del patrimonio del debitore. Può, pertanto, “ammettersi che la modificazione dell'oggetto non comporti il sorgere di un nuovo

⁸ Traduzione libera dal tedesco “jede Sache dienen, die im Verkehr steht”.

⁹ Questa garanzia atipica, assieme alla *Sicherungsübereignung* e all'*Eigentumsvorbehalt*, riserva di proprietà che si estende ai beni venduti e ai prodotti ottenuti dalla lavorazione, sono frutto della prassi contrattuale (*Vertragspraxis*) e non vengono esplicitamente disciplinati nell'ABGB. Una tale riserva di proprietà viene, invece, codificata dal legislatore tedesco che concede all'acquirente la facoltà di disporre del bene (anche come garanzia), poiché il valore economico dell'aspettativa potrebbe essere superiore a quello del bene ancora impagato: *erweiterter Eigentumsvorbehalt* (§ 449 BGB).

rapporto di garanzia, che prenda data dalla consegna dei nuovi beni”.¹⁰ Al contrario dottrina e giurisprudenza avevano in precedenza escluso che un eventuale (e ciascun) rinnovo del pegno potesse risultare collegato alla pattuizione originaria, in virtù degli artt. 2786 e 2787 c.c., in special modo in riferimento alla possibilità di esperire revocatoria fallimentare: *“Si affermava infatti che in caso di fallimento del costituente la garanzia, ai fini del computo del periodo sospetto e della contestualità o meno della garanzia al sorgere del credito garantito, e quindi ai fini dell’applicabilità dell’art. 67, ed eventualmente dell’art. 64 legge fallimentare, occorreva guardare all’atto di rinnovo del pegno, poiché soltanto in quel momento veniva ad esistenza la garanzia, e non all’anteriore pattuizione originaria, che avendo ad oggetto altri beni, rappresentava a tutti gli effetti un diverso negozio, costitutivo di un nuovo diritto di prelazione”*.¹¹

La sopracitata sentenza definiva anche i requisiti necessari affinché la sostituzione del bene oggetto di garanzia possa essere operante: i nuovi beni, di pari valore dei beni sostituiti, devono essere consegnati al creditore e la consegna dev’essere accompagnata da una scrittura avente data certa, contenente sufficiente indicazione della cosa e del credito (art. 2787, comma 3, c.c.). Tali requisiti verranno poi ribaditi dalla stessa Corte in successive sentenze, tra le quali si menziona la sentenza n. 10685/99 con cui viene ribadita la necessità che, pur nell’operare del patto di rotatività, la natura e il valore dell’oggetto costituito in pegno rimangano immutati.

Occorre, inoltre, “che i requisiti previsti dagli artt. 2787 e 2800 codice civile, rispettivamente per il pegno di cosa e per il pegno di crediti, siano rispettati sia con riferimento all’atto originario di costituzione della garanzia, sia con riferimento ai successivi atti di trasferimento del vincolo sui nuovi beni, sia ancora con riguardo al patto di rotatività che deve essere predeterminato in tutti i suoi elementi, in modo tale che sin dall’inizio sia chiaramente stabilito il carattere unitario del rapporto”.¹²

A garantire la corrispondenza tra il valore dei beni mutati e di quelli originariamente oggetto della garanzia, la giurisprudenza tedesca

¹⁰ Cassazione Civile, sentenza 28 maggio 1998, n. 5264, par. 5.1.

¹¹ L. PANZANI, *Pegno rotativo e pegno sugli strumenti finanziari*, in *Il Fallimento*, n. 2/2002, pp. 943 ss.

¹² *Ibidem*.

richiedeva l'introduzione, nei contratti che prevedevano trasferimenti di proprietà, di una clausola che sanciva il diritto alla liberazione del dante la garanzia dal vincolo di quella parte dei beni che eccedesse la garanzia originaria. Suddetta clausola, c.d. *qualifizierte Freigabeklausel*, che costituiva parametro per la valutazione da parte dei giudici della proporzionalità tra garanzia e credito e che poteva determinare la nullità del contratto di garanzia e del negozio reale di trasferimento dei diritti, viene ora considerata immanente a ciascun contratto di garanzia, facendo venir meno il requisito di espressività della pattuizione stessa. Con sentenza del 27 novembre 1997, infatti, il *Großer Senat* del *Bundesgerichtshof* si è espresso nel senso della non necessità di una clausola espressa, asserendo che un c.d. *Freigabeanspruch*,¹³ ossia un diritto alla liberazione del dante la garanzia, sia da esso esercitabile, qualora venga superata la soglia (*Deckungsgrenze*) del 150%, nel rapporto tra il valore dei beni o dei crediti oggetto di garanzia e del credito stesso.¹⁴ In tal senso, il superamento della soglia viene sanzionato con la nullità della garanzia in eccesso e non dell'intero contratto di garanzia (§ 138 I BGB).

In riferimento alla natura giuridica del pegno rotativo in Italia, la dottrina si esprime nel senso di qualificare il pegno rotativo quale operazione unitaria, poiché le singole rotazioni o sostituzioni del bene oggetto di garanzia sono meramente attuative di un disegno negoziale complesso che dispiega i suoi effetti nel tempo, perdendo così la loro individualità e autonomia.

Per contro, la Suprema Corte interpreta il pegno rotativo quale fattispecie progressiva “*che trae origine dall'accordo scritto e di data certa delle parti, cui segue la sostituzione dell'oggetto del pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni e con effetti ancora risalenti alla consegna dei beni originariamente dati in pegno, a condizione che nella convenzione costitutiva tale possibilità di*

¹³ In riferimento alla *Freigabeklausel* si precisa che la giurisprudenza ritiene che tale clausola non sia sufficiente a garantire il debitore da un eventuale “eccesso di garanzia” in caso di *Globalzession*. Le parti, infatti, dovrebbero escludere dai crediti ceduti, quelli oggetto di garanzia a favore dei fornitori. Qualora avvenisse il contrario, la *Globalzession* risulterebbe nulla per induzione del debitore all'inadempimento contrattuale (§§ 134 e 128 BGB).

¹⁴ Il *Bundesgerichtshof* fa riferimento nella decisione al disposto del § 237, prima frase, BGB: *Mit einer beweglichen Sache kann Sicherheit nur in Höhe von zwei Dritteln des Schätzwerts geleistet werden*. Vedasi in merito anche BGH 6.3.1997 – IX ZR 74/95.

sostituzione sia prevista espressamente, e purché il bene offerto in sostituzione non abbia un valore superiore a quello sostituito".¹⁵

Pertanto, in caso di esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare, di cui sopra, la genesi della garanzia risulta fissata al momento della stipulazione originaria, facendo sì che la sostituzione costituisca esclusivamente meccanismo attuativo della garanzia di rotatività e che questa non abbia alcun effetto novativo del rapporto.

In riferimento nello specifico al pegno rotativo di titoli è da menzionare, inoltre, l'amministrazione accentrata di valori mobiliari attraverso la "Monte Titoli S.p.A.": la disciplina della legge 19 giugno 1986, n. 289, introduce una fattispecie di pegno rotativo, prevedendo al primo comma dell'art.7 che "i vincoli gravanti su titoli immessi nel sistema si trasferiscono, senza effetti novativi, sui diritti del depositante". Ciò che in tal modo si è ottenuto, è stata la "dematerializzazione" dei titoli di massa, da intendersi "non solo nel senso di svincolare l'esercizio dei diritti incorporati nel titolo dal titolo stesso. Il titolo cioè esiste ma viene depositato dal possessore presso il gestore centrale e da quel momento circola non più attraverso la materiale *traditio* del documento, bensì attraverso operazioni contabili. Si ha in questo caso una scorporazione della circolazione del diritto dalla circolazione del documento dal documento".¹⁶ Pertanto, tale gestione si basa sulla fungibilità dei titoli ed è finalizzata a razionalizzare la loro custodia e negoziazione.

Il contratto che viene in essere viene definito dalla legge in questione quale contratto di deposito regolare, successivamente riquilificato dalla dottrina come deposito alla rinfusa "in quanto determina la conversione del diritto sulle specie in diritto di partecipazione *pro quota* alla massa accentrata e permette al depositario di restituire ai singoli depositanti titoli di specie diverse da quelle depositate".¹⁷ È a tal punto necessario comprendere quale sia l'oggetto di tale pegno rotativo, "poiché la qualificazione di deposito alla rinfusa lascia impregiudicata la questione della proprietà dei titoli: se si ritiene che con il deposito in custodia e amministrazione

¹⁵ Cassazione Civile, sentenza 1 luglio 2015, n. 13508, par. 3.1.

¹⁶ G. B. BARILLÀ, *Il pegno tra codice civile e legislazione speciale: in particolare sulla rotatività*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2/2006, Padova, pp. 111 ss.

¹⁷ *Ibidem*.

accentrata si abbia la trasformazione del preesistente diritto di proprietà in un diritto di comproprietà per quantità, l'oggetto del pegno sarà una quota di comproprietà sulla massa dei titoli, di quella specie, depositata; se invece si attribuisce rilevanza al rapporto fiduciario ed alla mancanza di individuazione dei titoli dopo il loro deposito, l'oggetto del pegno sarà un diritto di credito riguardante cose mobili; se, infine, si ritiene che i depositanti rimangano titolari di diritti per la specie e quantità di titoli da ciascuno depositati, l'oggetto del pegno sarà, per quanto 'dematerializzato', un diritto cartolare inerente ai titoli oggetto di gestione accentrata".¹⁸ Si tratterebbe di titoli fungibili e divisibili, il che escluderebbe i titoli nominativi. Per contro a tal proposito, la lettera della disciplina regolamentativa prevede l'obbligo di annotazione nel registro dell'emittente, volendo pertanto includere nell'ambito applicativo anche i titoli nominativi.

In ogni caso, in questa sede rileva evidenziare che gli effetti propri della costituzione del vincolo vengono prodotti tramite l'iscrizione nel registro dell'emittente, ex art. 7, comma primo, l. n. 289/1986 (ora art. 87 d. lgs. n. 58/1998), e dunque i vincoli già presenti sui titoli, entrano a far parte della garanzia (rotativa) senza produrre alcun effetto novativo su di essa. La *traditio rei* viene dunque sostituita dall'obbligo di iscrizione nel registro dei vincoli.

"Si delinea quindi un meccanismo di costituzione del vincolo pignoratizio mediante una particolare tecnica con la quale la scrittura sostituisce integralmente le operazioni di spossessamento e impossessamento del titolo e vale ad assegnare rilevanza cartolare alla costituzione del vincolo".¹⁹

4. Il pegno rotativo: prospettive future

Nell'ambito delle prospettive di riforma del Codice Civile, di cui al DDL S.1151 presentato al Senato nel marzo 2019, in riferimento a quanto previsto all'art. 1, comma primo, lett. o), *disciplinare nuove forme di garanzia del credito, anche in considerazione delle prassi contrattuali consolidate nell'uso bancario e finanziario*, il legislatore prevede la revisione della disciplina del pegno, attraverso la modifica dell'art. 2787 c.c. e l'introduzione di un articolo del Codice apposito per il

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

pegno rotativo: ancora, va ricordato il pegno non possessorio previsto dall'articolo 1 dello stesso decreto-legge 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 giugno 2016, n. 119, sempre al fine di incentivare il finanziamento alle imprese, con attribuzione della garanzia sui mezzi di produzione e sulle merci e con il cosiddetto revolving (con applicazione normativa del cosiddetto patto di rotatività del pegno, noto alla prassi ed alla giurisprudenza).²⁰

Dunque, il legislatore esprime nel DDL la volontà di cristallizzare un istituto creatosi dal suo concreto utilizzo, non esprimendosi su una eventuale apertura a concedere spazio all'autonomia privata nel forgiare, se necessario, ulteriori forme atipiche di garanzia, a differenza del legislatore tedesco che concedendo ai singoli tale facoltà ammette, sostanzialmente *a priori*, la possibilità che dalla prassi nascano ulteriori tipologie di garanzia senza spossessamento: garanzie che infatti vengono disciplinate dal *Gewohnheitsrecht*, diritto consuetudinario.

5. La decisione nel caso esaminato

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso della ricorrente dichiarando il primo motivo non meritevole di essere accolto, i motivi da due a cinque non fondati e gli ultimi tre motivi inammissibili. In riferimento ai motivi secondo e terzo, puntualizza, *in primis*, che la disciplina concernente il compimento di atti costitutivi di pegno su quote di s.r.l. effettuati prima dell'avvio del periodo sospetto o all'interno di quest'ultimo, non si esaurisce alle disposizioni dell'art. 2787, comma 3, c.c., che costituisce disposizione generale di pegno e concerne esclusivamente il profilo della prelazione: per poter essere applicata, la norma suppone che il relativo diritto sia stato costituito e che la costituzione sia avvenuta prima del periodo sospetto, in modo tale che il pegno non risulti passibile di revocatoria.

Inoltre, l'art. 2471 bis c.c., pur riguardando il pegno di quote di s.r.l., non disciplina le modalità di costituzione dello stesso. A tal proposito, la Suprema Corte rileva la non necessità di una specifica norma, poiché la disciplina è ricavabile dalla normativa generale del

²⁰ Disegno di legge, Delega al Governo per la revisione del codice civile, <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01106422.pdf>, visto il 3.2.2020.

pegno, di cui agli artt. 2784 ss. c.c., che contiene serie normative che regolano la costituzione del diritto in questione rispettivamente per i beni mobili (art. 2786 ss. c.c.), i crediti (art. 2800 ss. c.c.) e i “diritti diversi dai crediti” (art. 2806 c.c.). Per individuare in quale delle suddette serie normative ricada la disciplina del pegno di quote di s.r.l., la Corte rileva che le quote non possano sottostare alla disciplina dei diritti di credito, in quanto rappresentazione della posizione contrattuale dei soci e che, pertanto, la modalità di costituzione del pegno ricada nella disciplina dell’art. 2806 c.c. In aggiunta a ciò, la stessa Corte di Cassazione con sentenza n. 20170 del 18 luglio 2017, ha qualificato le quote di s.r.l. quali beni mobili immateriali, non capaci di possesso, al fine di affermare l’applicabilità alla quota della norma dell’art. 2914, comma 1, n.1, c.c., seppure tale decisione non risulti incidere sul piano disciplinare dell’ordinanza in commento.

La sottoposizione alla norma dell’art. 2806 c.c. comporta il rinvio alla disciplina rispettivamente richiesta per il trasferimento dei diritti diversi dai crediti, e nel caso in specie alla disciplina dell’art. 2470 c.c., al cui terzo comma è fissato come criterio di risoluzione dei conflitti tra acquirenti di una medesima quota quello della preventiva iscrizione nel registro delle imprese. A tale disciplina si aggiungono le disposizioni degli artt. 2471 c.c. e 2472 c.c., che rispettivamente affermano che, il pignoramento si esegue mediante notificazione al debitore e alla società e successiva iscrizione nel registro delle imprese (art. 2471, comma 1, c.c.) e che “nel caso di cessione della partecipazione, l’alienante è obbligato solidalmente con l’acquirente per il periodo di tre anni decorrente dall’iscrizione nel registro delle imprese” (art. 2472, comma 1, c.c.).

Per altro verso (seppur in via sostanzialmente correlata a quanto si è appena osservato), è stato puntualmente rilevato nell’ambito della dottrina che, “se si ritenesse decisivo il dato testuale, ne risulterebbe inspiegabilmente rovesciata la sequenza procedimentale stabilita dalla disciplina anteriore” alla riforma del 2008 (D.L. n. 185 del 2008, conv. in L. 28 gennaio 2009, n. 2), “*poiché l’efficacia del trasferimento nei confronti della società, ove dipendesse dal mero deposito dell’atto, precederebbe l’efficacia nei confronti dei terzi, conseguente alla successiva iscrizione [...] potrebbe così essere ammesso a esercitare i diritti sociali anche chi abbia acquistato le quote sulla base di un atto non iscrivibile nel registro delle imprese e di cui successivamente il Conservatore rifiuta l’iscrizione*”, in tal modo compromettendosi, fra

l'altro, “*gli interessi generali alla stabilità degli atti sociali e alla trasparenza nella circolazione dei capitali*”²¹.

Pertanto, ciò che rileva anche ai fini dell'efficacia del trasferimento nei confronti della società è l'iscrizione nel registro delle imprese.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BARILLÀ G. B., *Il pegno tra codice civile e legislazione speciale: in particolare sulla rotatività*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2/2006, Padova, pp. 111 ss.; BOLLINI G. e CHIZZINI A. (a cura di), *Della tutela dei diritti: artt. 2784-2906*, in *Commentario del Codice Civile*, (diretto da) GABRIELLI E., Torino, 2015, pp. 72 ss.; CAPUTO L. e CAPUTO M., *I pegni, Dal modello tradizionale al nuovo pegno mobiliare non possessorio*, Milano, 2017; GABRIELLI E., *I diritti reali 5, Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, (diretta da) SACCO R., Milano, 2005; FIORENTINI F., *Il pegno*, in *Trattato dei diritti reali*, dir. da GAMBARO A. e MORELLO U., vol. V, Milano, 2014; KESSAL-WULF S., *Recht der Kreditsicherung*, in *Staudingers Kommentar zum BGB, Eckpfiler des Zivilrechts*, Berlino, 2012/2013, pp. 598 ss.; KIENINGER E. e M., *Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 208, n. 2/3, Tübingen, 2008, pp. 182-226; MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, n. 2/2017, Milano, pp. 231 ss.; PANZANI L., *Pegno rotativo e pegno sugli strumenti finanziari*, in *Il Fallimento*, n. 2/2002, pp. 943 ss.; ROTH/KIENINGER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Monaco, 2019, § 398; UNGERER J., *Die floating charge – wie man Kredite mittels einer Wolke sichert: Vergleich englischer Kreditsicherung durch das Unternehmensvermögen mit deutscher Sicherungsübereignung und Grundschuld*, in *Zeitschrift für Europarecht, Int. Privatrecht & Rechtsvergleichung (ZfERV)*, 2015/5, Vienna, 31-46.

²¹ Cassazione Civile, sentenza 27 novembre 2019, n. 31051, par. 13.

Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza 24 aprile 2020, n. 2651 – *Presidente* Franco Frattini – *Relatore-Estensore* Giulia Ferrari.

INFORMATIVA ANTIMAFIA – PRESUPPOSTI – VICINANZA DI SOGGETTO
IMMUNE A PREGIUDIZI PENALI CON AMBIENTI MAFIOSI – SUFFICIENZA

Possono fondare i rapporti di interdittiva antimafia anche i soli rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una “regia collettiva” dell’impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia “clanica”.

* * *

JEAN PAUL DE JORIO*

STATO DI DIRITTO E NORMATIVA IN MATERIA DI INTERDITTIVE ANTIMAFIA: UNA FRATTURA CHE PERMANE INSANABILE

SOMMARIO: 1. Stato di diritto o Stato di prevenzione? – 2. Testa o croce? – 3. La mafiosità “genetica” e “geografica” teorizzata dalla sentenza in rassegna. – 4. Conclusioni.

1. Stato di diritto o Stato di prevenzione?

Nell’ultimo trentennio abbiamo assistito all’introduzione nel nostro ordinamento di una normativa di indole chiaramente emergenziale per fronteggiare preoccupazioni contingenti legate al fenomeno mafioso, che, tuttavia, ha coinciso con la dismissione di alcune tra le più basilari garanzie giuridiche sancite dalla nostra Carta costituzionale e dalla Convenzione europea dei Diritti dell’uomo.

Alla legislazione penalistica in senso stretto, si sono affiancati o ne sono usciti potenziati, istituti di varia natura, di innegabile connotazione afflittiva – quali ad esempio le norme in materia di scioglimento degli enti locali per infiltrazione mafiosa di cui al TUEL, le interdittive antimafia e le misure di prevenzione (ambedue confluite nel D.Lgs n. 159/2011) – che è possibile definire come un micro

* Avvocato, LL.M. in *European Law*, Docente presso la Wuhan University (PRC).

ordinamento con regole sue proprie, che però eludono principi di diritto e di civiltà giuridica che si vorrebbero intangibili.

L'equilibrio tra istanze securitarie ed istanze di libertà, tipico dei regimi democratici, è progressivamente venuto meno, con l'affermarsi di quello che può essere definito come lo “*Stato di prevenzione*”¹, che tende a colpire indistintamente una generalità di consociati non alla luce di eventuali condotte antiggiuridiche da essi poste in essere, ma bensì sulla base di sospetti, frutto di giudizi probabilistici, ove la soglia di intervento statale è ormai talmente avanzata, da precedere addirittura la commissione di qualsivoglia tipo di illecito.

Questa premessa si rivela necessaria per inquadrare uno degli istituti più iniqui ed ingiusti che hanno fatto ingresso nell'ordinamento italiano – cioè quello delle interdittive antimafia – disciplinato dagli artt. 82 e ss. del D.Lgs n. 159/2011. Nominalmente chiamato a contrastare l'infiltrazione da parte delle consorterie criminali all'interno del circuito economico legale, precludendo a tali sodalizi la possibilità di contrarre con le Amministrazioni, esso però si presta a tutta una serie di rilievi, a principiare dal fatto che la lettura che ne viene fatta trasmoda nel più ingiustificato arbitrio.

Dietro al comodo alibi di asserite esigenze preventive – in linea teorica anche condivisibili per far fronte alla delinquenza mafiosa – si cela tuttavia una sorta di sotto-sistema punitivo, solo formalmente extrapenale, posto che possiede e condivide le caratteristiche sostanziali del dominio penale, pur eludendone le regole probatorie proprie di tale contesto, e cioè in buona sostanza, prescindendo da qualsiasi concreto accertamento di responsabilità personale.

Trattasi di un procedimento di competenza delle prefetture, che beneficiano di ampia discrezionalità in merito alla emanazione di tali provvedimenti e ai sottesi incombenti istruttori, che troppo spesso sono il frutto di accertamenti assai claudicanti, che si prestano alle più svariate censure di carattere logico ancor prima che giuridico.

Orbene, la legislazione *de qua*, ed in particolar modo gli articoli 84, 91 e 94 del Codice antimafia, sono oggetto di una interpretazione sicuramente non costituzionalmente né convenzionalmente orientata

¹ V. BALDINI, *Tirannia della sicurezza nello Stato costituzionale di diritto?*, in «Sicurezza e Stato di diritto» a cura di V. BALDINI, Cassino, Università degli Studi di Cassino, 2005, p. 13.

da parte del Giudice Amministrativo, che tende ad estendere a dismisura gli effetti preclusivi di profilassi criminale anche a fattispecie non contemplate nel testo codicistico.

Prova né è che, in materia di interdittive, l'ambito applicativo delineato dall'art. 83 del D.Lgs n. 159/2011 circoscritto a ben determinate fattispecie, è stato via via ampliato in sede di prassi amministrativa e pretorile (anche per attività ad esempio soggette a SCIA o ad operatori che non intrattengono rapporti contrattuali con il settore pubblico), con una chiara vulnerazione dei requisiti di legalità, tassatività, determinatezza e prevedibilità imposte dalla CEDU.²

Il tutto con la contestuale pretermissione delle garanzie del giusto procedimento, come pure del giusto processo, non censurando – anzi verrebbe da dire sanando – l'illegittimo operato dell'autorità prefettizia, che fonda gli addebiti mossi nei confronti di un'ampia platea di cittadini su presunzioni (che meglio sarebbe definire sospetti), avulse da qualsiasi reale spessore o fondatezza, spesso riconducibili a meri rapporti parentali.

A ciò si aggiunga che l'onere della prova – in merito alla presunta appartenenza o vicinanza a gruppi, espressione del crimine organizzato, da parte dell'imprenditore o del commerciante – non grava sulla P.A., ma bensì sullo stesso operatore economico, che pur avendo sempre condotto un'esistenza priva di mende o di vizi, caratterizzata dall'assenza di precedenti, deve fornire prova contraria rispetto alla contestazione che gli viene mossa.

Trattasi nella sostanza di venire a capo di una insuperabile *probatio diabolica* riguardo ad una presunzione di mafiosità, che neppure l'incensuratezza è in grado di scardinare.

Sintomatica di questa deriva – gravemente lesiva dei più elementari diritti fondamentali e ancor prima in distonia rispetto al canone della ragionevolezza (anzi del buonsenso *tout court*) – pare una recente pronuncia del Consiglio di Stato³, in cui fanno ingresso, come troppo spesso accade, una serie di considerazioni meta-giuridiche, mentre luoghi comuni e pregiudizi, che costituiscono il fulcro della

² Corte E.D.U., *Grande Chambre*, ricorso n. 35343/05, 20 ottobre 2015, Vytautas Vasiliauskas c. Lituania, § 154.

³ Consiglio di Stato, Sez. III, 24 aprile 2020, n. 2651 – Pres. Franco Frattini, Rel. Giulia Ferrari.

motivazione, e paiono sintomatici di una imperante incultura giuridica e dell'inesorabile declino dello Stato di diritto.

2. Testa o croce?

L'appello esaminato dalla III Sezione del massimo plesso giurisdizionale amministrativo scaturiva da un ricorso proposto avverso un'interdittiva antimafia emessa dalla Prefettura di Vibo Valentia nei confronti di una società, unicamente fondata sul rapporto di parentela intercorrente tra i titolari dell'impresa ed un loro congiunto (in passato colpito da analogo provvedimento), a sua volta legato da vincoli familiari con un soggetto *“ritenuto elemento di spicco della criminalità organizzata”* locale.

Il gravame introdotto innanzi al TAR di Catanzaro, veniva respinto. Il Collegio di prime cure riteneva infatti conforme a diritto ed esente da censure, la valutazione operata dalla P.A. in base al criterio della *“logica probabilistica”* riguardo ad un presunto – e non provato – *“condizionamento mafioso”* dell'impresa ricorrente, nonostante non fosse mai stato in precedenza mosso *“alcun addebito”* nei confronti dei suoi amministratori o soci, limitandosi a richiamare le tesi prefettizie in merito all'appartenenza degli stessi ad una *“famiglia pregiudicata”*.

La sentenza veniva gravata seppur tardivamente dagli originari ricorrenti, ma, nonostante la palese inammissibilità dell'appello, il Consiglio di Stato si pronunciava nel merito, affermando principi che meritano un approfondimento per la loro erroneità strutturale sotto il profilo giuridico e che pertanto non possono essere assolutamente condivisi.

Partendo dal presupposto della specialità intrinseca dell'istituto interdittivo sia sotto l'aspetto sostanziale che processuale, il Collegio d'appello così si esprimeva in merito all'accertamento della potenziale infiltrazione mafiosa capace di condizionare le scelte dell'impresa indiziata di collusioni con il crimine organizzato: *“Tale pericolo deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, tipico dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza”*, che faccia *“ritenere “più probabile che non” il pericolo di infiltrazione mafiosa”*.

Da tale inciso motivazionale, ci avvediamo che misure tanto afflittive, quanto definitive (ormai pacificamente definite come ‘ergastolo imprenditoriale’) non abbiano come presupposto una certezza giuridica piena, ma bensì una mera, eventuale possibilità, frutto di una valutazione probabilistica! Più che evidente come una decisione che poggi su un giudizio siffatto sia viziata da impressionanti margini di errore, e conduca ineludibilmente a statuizioni arbitrarie ed incontrollabili, con innegabili ricadute sui diritti fondamentali, e ad una incalcolabile ed ingiustificata distruzione di ricchezza, anche in termini occupazionali e sociali.

La sentenza proseguiva affermando poi come “*Ai fini della sua adozione, da un lato, occorre non già provare l'intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatico-presuntivi ... latamente discrezionale ... che rappresenti il 50% + 1 di possibilità, ovvero, con formulazione più appropriata, la c.d. probabilità cruciale*”. Trattasi a tutti gli effetti di un accertamento fondato su di una *probatio minus plena*, a cui il Giudice Amministrativo fornisce piena legittimità, allorquando contestualmente si appalesano le deficienze strutturali di tale indirizzo rispetto al principio di legalità e l'esistenza della garanzia giurisdizionale.

Più che evidente come la sorte di decine di migliaia di persone sia rimessa ai capricci dell'autorità prefettizia, in un procedimento amministrativo in cui difettano elementi fattuali ed oggettivi che possano anche solo in astratto sostenere le contestazioni mosse dall'Amministrazione, che non trova un correttivo neppure in sede processuale, trovandoci di fronte ad un sistema probatorio attenuato, palesemente lesivo degli articoli 6 e 7 della CEDU.

Diversamente opinando rispetto a quanto sostenuto nella pronuncia in rassegna, e più in generale dalla giurisprudenza amministrativa in *subiecta materia* – secondo cui l'interdittiva antimafia esula dalle ordinarie garanzie del giusto processo e dei suoi corollari in quanto connotata da una “*natura preventiva e non sanzionatoria ... avulsa da qualsivoglia logica penale e latu sensu punitiva*”⁴ – le nozioni di accusa, pena e condanna elaborate dalla Corte europea dei Diritti dell'uomo (e tutto ciò che ne consegue per chi si vede muovere degli addebiti da parte delle autorità), hanno ben diversa portata, trovando i diritti sanciti dalla Convenzione EDU

⁴ M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, www.giustizia-amministrativa.it, 20 gennaio 2018, p. 9.

applicazione anche a misure o sanzioni sostanzialmente penali, indipendentemente dalla loro rubricazione da parte dei singoli ordinamenti.

Da un esame della giurisprudenza sovranazionale e delle peculiarità proprie dell'istituto interdittivo di cui al Codice antimafia, ci avvediamo che la caratterizzazione contenutistica di quest'ultimo – che prescinde come detto dal criterio nominalistico – è contraddistinta da una innegabile natura afflittiva (tanto che per i suoi effetti è assimilabile ad una condanna anche per la portata stigmatizzante che ne consegue).

A ciò si aggiunga, che il presupposto – il fatto genetico – da cui trae origine il provvedimento è comunque rinvenibile in addebiti astrattamente penalistici, cioè una vicinanza ad ambienti mafiosi ed un condizionamento dell'attività economica e del suo *management* da parte di consorterie criminali, quindi a fatti non estranei all'“universo penale”.

Come cennato, da un esame anche sommario del dettato del D.Lgs n. 159/2011, si giunge a conclusioni del tutto difformi rispetto a quelle fatte proprie dalla III Sezione del Consiglio di Stato, dovendosi invece conferire alle interdittive antimafia una connotazione squisitamente penalistica, alla luce della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo, e dei principi elaborati nel corso dei decenni dalla Corte di Strasburgo.

Per garantire un'applicazione uniforme della Convenzione in tutti gli Stati firmatari, ed evitare possibili elusioni dei diritti ivi sanciti, la Corte EDU sin dalle sue primissime pronunce ha adottato un approccio sostanzialistico, evolutivo e teleologico allorquando è stata chiamata a definire la nozione di “*accusa penale*” (e di pena), anche in difformità rispetto alla definizione attribuita ai medesimi istituti giuridici da parte di ciascun ordinamento.

Il principio di legalità, nell'accezione formulata dalla CEDU, ha una portata che va al di là degli illeciti e delle sanzioni espressamente qualificati come ‘penali’ in base al diritto dei singoli firmatari della Convenzione medesima.

Si può dunque ritenere che, nell'ordinamento CEDU esista una concezione autonoma della nozione di sanzione penale e, quindi, dell'illecito penale, con la conseguenza che ben può accadere che ciò che è ritenuto dalla Corte europea come una pena, sia disciplinato diversamente nell'ordinamento interno, restando al di fuori dell'ambito squisitamente criminale.

Principio questo, che comporta un'estensione delle tutele accordate dalla Convenzione anche ad altri tipi di procedimenti.

La Corte EDU ha in proposito sviluppato tutta una serie di criteri per valutare la connotazione punitiva, *rectius* penale, delle misure adottate dalle autorità pubbliche (e del sotteso procedimento che conduce all'adozione delle stesse), a partire dalla sentenza Engel ed altri c. Paesi Bassi.⁵

Tra i canoni ermeneutici di riferimento, possono annoverarsi i seguenti: a) il provvedimento deve essere comminato successivamente ad una condanna ovvero essere astrattamente collegato ad un 'reato' (nozione che va intesa in senso ampio), o comunque ad una condotta antiggiuridica; b) la sanzione deve rivestire una funzione afflittiva e/o preventiva; c) devono valutarsi le ricadute sostanziali di ogni singola misura inflitta; d) la qualificazione accordata dal diritto interno non è dirimente rispetto al suo contenuto intrinseco; e) il procedimento che conduce all'adozione e/o all'esecuzione della misura risulta altresì di rilievo per attribuire al provvedimento una natura penale o meno.

La Corte europea ha, peraltro, in più occasioni precisato come tali parametri siano, di norma, alternativi fra loro, a meno che non sia richiesto un "*approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni altro criterio non permetta di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una accusa in materia penale*".^{6 7}

Laddove sia ravvisata la presenza di una pena, e quindi di un illecito penale di tipo 'convenzionale', trova applicazione il principio di legalità, con tutti i suoi corollari.

L'orientamento dei giudici di Strasburgo si è perciò attestato su di una interpretazione non formalistica della natura penale delle norme di

⁵ Corte E.D.U., Sezione Plenaria, ricorsi riuniti nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, 8 giugno 1976, Cornelis J.M. Engel ed altri c. Paesi Bassi, §§82-83.

⁶ Corte E.D.U., Sez. II, ricorsi riuniti nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, 4 marzo 2014, Franzo Grande Stevens ed altri c. Italia, § 94.

⁷ Si osserva che ai fini della qualificazione come sanzione 'sostanzialmente penale', non è dirimente il solo criterio della pena inflitta, giacché la Corte europea ravvisa la natura penale anche degli illeciti amministrativi.

diritto interno, piuttosto che su di una qualificazione collegata al *nomen* utilizzato dai singoli ordinamenti.⁸

La stessa Corte europea ha peraltro specificato come una sanzione penale, non debba necessariamente sottendere una pena detentiva o una privazione della libertà per ricevere le tutele di cui all'articolo 6 della Convenzione in materia penale.⁹

Duole constatare come le interdittive antimafia si inseriscano all'interno di un consolidato orientamento di natura legislativa, amministrativa e giurisdizionale teso a relativizzare i diritti e le libertà riconosciuti dalla nostra Costituzione e dalla CEDU.

Come dimostra la sentenza in commento, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è attestata su posizioni che rendono totalmente avulsa l'applicazione dell'interdittiva da ogni accertamento di responsabilità, cioè dalla massima della *nulla poena sine culpa*¹⁰ – come elaborata dalla tradizione giuridica occidentale di cui la CEDU rappresenta l'espressione di sintesi – oltre che in distonia con il principio di *nulla poena sine probatione*, in quanto secondo il G.A. “*occorre non già provare l'intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatico-presuntivi*” in considerazione “*della estraneità al sistema delle informazioni antimafia di qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio*”.

Tuttavia, da un raffronto tra la legislazione in materia di interdittive antimafia ed i cc.dd. ‘criteri Engel’, è ben difficile concordare con le tesi sostenute dal Collegio (Presidente Dott. Franco Frattini e relatrice Dott.ssa Giulia Ferrari), che nega la natura sanzionatoria, e quindi “*penale*” ai sensi del disposto della CEDU, dei provvedimenti di cui al D.Lgs n. 159/2011, dovendosi invece giungere a conclusioni del tutto opposte, in quanto l'interdittiva antimafia costituisce a tutti gli effetti una sanzione penale convenzionale.

Pertanto il procedimento che porta all'emanazione del provvedimento interdittivo, ed il successivo processo innanzi al G.A.

⁸ M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, Corte di cassazione – Ufficio del ruolo e del massimario – Settore penale, Rel. n. 35/2014.

⁹ Corte E.D.U., *Grande Chambre*, ricorsi nn. 55391/13, 57728/13 e 74041/13, 6 novembre 2018, Paula Cristina Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo, § 122.

¹⁰ Corte E.D.U., *Grande Chambre*, ricorsi riuniti nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11, 26 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia, §§ 216 e ss.

dovrebbero sottostare a tutto quell'insieme di principi che discendono dalla Costituzione e dalla CEDU in materia di giusto processo nelle sue varie declinazioni. Prioritariamente dunque non l'onere della prova dovrebbe gravare sull'autorità prefettizia, rispondendo tale tipo di accertamento non certo ad uno standard probatorio di matrice civilistica come quello del “*più probabile che non*” impiegato sino ad ora, ma dovendo essere formulato “*al di là di ogni ragionevole dubbio*”, o alla luce di elementi “*concreti, univoci e rilevanti*” come previsto dall'art. 143 del TUEL nell'ipotesi di scioglimento degli enti locali per infiltrazione mafiosa.¹¹

Allo stesso modo dovrebbe trovare ingresso il principio della presunzione di innocenza (e non, come avviene, quello della presunzione di mafiosità), dovendosi espungere dal coacervo interdittivo, tutto quell'insieme di presunzioni di dubbio rilievo giuridico, ed anche fattuale, che sono poste a fondamento dell'*agere publicum*, in quanto non rispondenti né al principio di legalità, né tantomeno ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità, da cui discende una palese e strutturale vulnerazione degli articoli 6 e 7 della CEDU.¹²

3. La mafiosità 'genetica' e 'geografica' teorizzata dalla sentenza in rassegna

I rilievi mossi alla legislazione in materia di interdittive, alla sua applicazione in sede amministrativa, nonché alla lettura che ne viene data dal G.A., non si limitano ai profili sopra illustrati.

Occorre parimenti dubitare della conformità ai canoni di terzietà ed imparzialità sanciti dall'art. 111 della Costituzione così come dall'art. 6 della Convenzione europea, dell'organo giudicante chiamato a pronunciarsi sulla vicenda, laddove nella sentenza n. 2651/2020 viene posto l'accento sulla “*funzione di “frontiera avanzata” dell'informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato*”, che nella sostanza consentirebbe la pretermissione dei diritti fondamentali dei cittadini da parte delle prefetture.

¹¹ Vero è che il testo dell'art. 143 del TUEL, nonostante un dato testuale molto chiaro, è soggetto ad una interpretazione sempre contraria agli interessi degli enti e degli amministratori locali, ove si favorisce una lettura *contra reum*.

¹² Corte E.D.U., *Grande Chambre*, ricorsi riuniti nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11, 26 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia, §§ 215 e 257.

Trattasi di una affermazione di una notevole gravità, che risulta confessoria di come i principi di eguaglianza, buona amministrazione e legalità – come pure di dignità e libertà di ogni singolo cittadino – possano essere sacrificati ad una non meglio precisata ‘ragion di Stato’, in un contesto che nelle parole dei Giudici della III Sezione assume una dimensione di scontro titanico, che pare tratta da un romanzo di fantapolitica, piuttosto che da una pronuncia giurisdizionale ove dovrebbe fare ingresso solo il diritto.

Tale impostazione pseudo-bellicista va oltre, assumendo una connotazione discriminatoria, ove emergono tutta una serie di pregiudizi e considerazioni meta-giuridiche (che la giurisprudenza definisce “*dati di comune esperienza, evincibili dall’osservazione dei fenomeni sociali (qual è quello mafioso)*”), che viene spontaneo definire dogmatiche, da cui scaturiscono la violazione dell’art. 8 della CEDU posto a presidio del “*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*”, nonché del combinato disposto degli artt. 14 della CEDU e 1 del Protocollo n. 12 in materia di divieto di discriminazione.

Nella sostanza, per il solo fatto che la sede dell’impresa (a gestione familiare) fosse situata a Vibo Valentia, e gli amministratori e soci di origine calabrese, scatta per il Giudicante una presunzione di mafiosità.

La motivazione della sentenza va riportata nella sua interezza giacché si potrebbe dubitare di quanto da noi appena affermato: “*Proprio con riferimento ai rapporti di parentela tra titolari, soci, amministratori, direttori generali dell’impresa e familiari che siano soggetti affiliati, organici, contigui alle associazioni mafiose la Sezione (7 febbraio 2018, n. 820) ha chiarito che l’Amministrazione può dare loro rilievo laddove tale rapporto, per la sua natura, intensità o per altre caratteristiche concrete, lasci ritenere, per la logica del “più probabile che non”, che l’impresa abbia una conduzione collettiva e una regia familiare (di diritto o di fatto, alla quale non risultino estranei detti soggetti) ovvero che le decisioni sulla sua attività possano essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto con il proprio congiunto. Nei contesti sociali, in cui attecchisce il fenomeno mafioso, all’interno della famiglia si può verificare una “influenza reciproca” di comportamenti e possono sorgere legami di cointeressenza, di solidarietà, di copertura o quanto meno di soggezione o di tolleranza; una tale influenza può essere desunta non dalla considerazione (che sarebbe in sé errata e in contrasto con i principi costituzionali) che il parente di un mafioso sia anch’egli mafioso, ma per la doverosa considerazione, per converso, che la complessa organizzazione della mafia ha una*

struttura clanica, si fonda e si articola, a livello particellare, sul nucleo fondante della 'famiglia', sicché in una 'famiglia' mafiosa anche il soggetto, che non sia attinto da pregiudizio mafioso, può subire, nolente, l'influenza del 'capofamiglia' e dell'associazione ... Hanno dunque rilevanza circostanze obiettive ... e rilevano peculiari realtà locali ... Dalla documentazione versata agli atti di primo e di secondo grado risulta che il signor -OMISSIS-: a) è amministratore unico e socio della "-OMISSIS-" (impresa dichiara fallita il -OMISSIS- 2015, operante nel -OMISSIS-), con sede in Vibo Valentia".

Mutatis mutandis sono estendibili al *decisum* del Consiglio di Stato di cui sopra, le censure formulate dalla Corte europea, che hanno portato alla condanna del Governo italiano di fronte alla *Grande Chambre*, in materia di misure di prevenzione, laddove si stigmatizza riguardo a tale normativa come “non indicano con sufficiente chiarezza lo scopo e le modalità di esercizio dell'amplissima discrezionalità conferita alle corti nazionali”, evidenziando altresì che le prescrizioni da osservare “non sono formulate con precisione sufficiente a garantire al singolo tutela contro interferenze arbitrarie e a consentirgli di prevedere in maniera sufficientemente certa l'imposizione di misure di prevenzione”.¹³

Principi di diritto pienamente sovrapponibili rispetto alle criticità che contraddistinguono le interdittive.

La decisione del G.A. si sostanzia in una responsabilità per fatto altrui basata su “vincoli di parentela o vicinanza”, che introduce nel nostro ordinamento una responsabilità *per stirpes*, ove il solo fatto di essere coniuge, figlio, congiunto, convivente o meramente conoscente di un soggetto considerato alla luce di labili elementi indiziari propinquo a determinati sodalizi (come visto in base a valutazioni soggettive dell'autorità prefettizia), costituisce condizione sufficiente per ritenere sussistenti i presupposti e le esigenze dell'emissione dell'interdittiva, cioè “il pericolo di contiguità con la mafia”.

Tale presunzione non può neppure essere confutata dall'incensuratezza o da assoluzioni passate in giudicato in sede penale riferite ai medesimi addebiti (ipotesi quest'ultima da cui peraltro scaturisce la violazione del divieto di *bis in idem* convenzionale, ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU), come apprendiamo dalla stessa pronuncia: “La Corte costituzionale ha quindi fatto riferimento alle

¹³ Corte E.D.U., *Grande Chambre*, ricorso n. 43395/09, 23 febbraio 2017, Angelo de Tommaso c. Italia, § 118.

situazioni indiziarie, che sviluppino e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale, individuate da questa Sezione. Tra queste: i provvedimenti "sfavorevoli" del giudice penale; le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa; la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso D.Lgs. n. 159 del 2011; i rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una "regia collettiva" dell'impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia "clanica"; i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa e nella sua gestione, incluse le situazioni in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un "volto di legalità" idoneo a stornare sospetti o elementi sostanziosi sintomatici della contaminazione mafiosa; la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi "benefici"; l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità".

Tale inciso motivazionale si commenta da sé, con passi ed affermazioni che si elidono a vicenda e che rasentano l'assurdo, se non addirittura il ridicolo: sintomatico del nostro assunto il fatto che le sentenze di condanna o di assoluzione avrebbero la stessa valenza indiziaria per sostenere una valutazione di mafiosità. Allo stesso modo, l'adesione o la promozione di campagne a favore della legalità sarebbero da ritenere ininfluenti in merito alla partecipazione a logiche mafiose. Sorge spontaneo chiedersi in che modo si possa provare la propria estraneità a tale tipo di sodalizio.

Non può certamente dare adito ad interpretazioni difformi quanto *a contrario* affermato dalla giurisdizione europea, secondo cui: *“la Corte ricorda che nell'ambito dell'articolo 6 § 2 della Convenzione, il dispositivo di una sentenza di proscioglimento deve essere rispettato da ogni autorità che si pronunci direttamente o incidentalmente sulla responsabilità penale dell'interessato”*.¹⁴

Una presunzione di colpevolezza, in un procedimento connesso – anche in senso lato – che si fonda sugli stessi fatti materiali già cerziati

¹⁴ Corte E.D.U., Sez. II, ricorso n. 32075/09, 10 aprile 2012, Pietro Lorenzetti c. Italia, § 46.

in un giudizio conclusosi con una sentenza di assoluzione, costituisce una flagrante violazione dell'art. 6 § 2 della Convenzione.¹⁵

Di tutto questo la decisione della III Sezione non ha tenuto alcun conto.

4. Conclusioni

Nel corso degli anni, la lotta alla mafia ha assunto i connotati di un'ideologia, e come tutte le ideologie può produrre sul piano della civiltà giuridica, degli autentici 'mostri'. Le conclusioni a cui è giunta la sentenza della III Sezione paiono per vero aberranti, e dimostrano quanto i cittadini che incorrano nel sospetto di mafiosità agli occhi di uno zelante funzionario di prefettura, siano lasciati privi di tutele, in balia di un Leviatano crudele e sciocco.

Sorge spontaneo definire le interdittive antimafia, nell'applicazione fattane dalle Prefetture (che troppo spesso si sottraggono alle censure del Giudice Amministrativo), come figlie postmoderne dell'antropologia criminale lombrosiana.

La motivazione della sentenza n. 2651/2020, che colpevolizza degli incensurati solo in virtù dei rapporti parentali e sulla loro origine geografica, denota una pericolosa compressione dei diritti fondamentali, e tradisce un grave deficit democratico divenuto ormai endemico nel nostro Paese. Uno Stato di diritto non può colpevolizzare e sanzionare "*fatti, anche non costituenti illecito, quali le frequentazioni, le abitudini di vita, i rapporti*" come afferma la III Sezione in quanto si travolgono due pilastri del vivere civile e della retta amministrazione della giustizia, e cioè la certezza del diritto ed il principio di legalità.

Ben difficilmente possiamo aspettarci un salvifico intervento del Legislatore, che quotidianamente costruisce per il tramite di provvedimenti liberticidi uno «stato di eccezione» permanente – per esigenze di mera visibilità politica – che tollera, anzi incentiva da parte delle autorità condotte gravemente lesive degli stessi diritti umani.

Se la mafia è sinonimo di violenza (non solo fisica), oblitterazione dei diritti e sopraffazione, tali attributi si rinvergono, proprio alla luce degli

¹⁵ Corte E.D.U., Sez. III, ricorso n. 28389/95, 21 marzo 2000, Asan Rushiti c. Austria, §§ 31-32.

indici sintomatici delineati dalla sentenza, anche altrove, correndo spontaneo il pensiero alla parabola evangelica della pagliuzza e della trave, ove Gesù ammonisce “**3.** Perché osservi la pagliuzza nell'occhio del tuo fratello, mentre non ti accorgi della trave che hai nel tuo occhio? **4.** O come potrai dire al tuo fratello: permetti che tolga la pagliuzza dal tuo occhio, mentre nell'occhio tuo c'è la trave? **5.** Ipocrita, togli prima la trave dal tuo occhio e poi ci vedrai bene per togliere la pagliuzza dall'occhio del tuo fratello”.¹⁶

*Qui habet aures audiendi, audiat!*¹⁷

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

V. BALDINI, *Tirannia della sicurezza nello Stato costituzionale di diritto?*, in «Sicurezza e Stato di diritto» (a cura di) V. BALDINI, Cassino, Università degli Studi di Cassino, 2005; M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, Corte di cassazione – Ufficio del ruolo e del massimario – Settore penale, Rel. n. 35/2014; J.P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, Jovene Editore, 2019; LACCHÈ L., *La paura delle «classi pericolose». Ritorno al futuro?*, in «Quaderno di storia del penale e della giustizia», n. 1, 2019 ; M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, www.giustizia-amministrativa.it, 20 gennaio 2018.

¹⁶ Matteo, 7:3-5.

¹⁷ Luca, 8:8.

Recensioni



GIOVANNI NERI, *Criminologia giuridica. Un'ipotesi sistematica*, in *Collana di Diritto e Diritto comparato – Jus & Comparative Law*, Anno VI, n. 14, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2020.

L'oggetto di studio della Criminologia è il fenomeno criminale, scomposto secondo profili soggettivi e oggettivi, che comprendono tanto la figura del reo, quanto quella del fenomeno delittuoso oggettivamente considerato.

La caratteristica principale della Scienza criminologica può essere individuata nella sua “insita modernità”, che la contraddistingue rispetto alle altre branche scientifiche che si occupano dello studio del fenomeno comportamentale deviante.

La modernità della Criminologia è espressione della sua complessità di analisi scientifico-metodologica del fatto criminale, che si attua attraverso il suo “innovativo” approccio al fenomeno della devianza criminale, inevitabilmente connesso allo sviluppo della maturità sociologica, giuridica e culturale dell'evento delittuoso (inattuabile nelle società antiche).

Lo sviluppo della Scienza criminologica riflette, pertanto, l'evoluzione storico-culturale della società stessa.

Si tratta di un metodo critico alternativo a quello tradizionalmente utilizzato nelle società antiche, che si esaurisce nella commistione tra le varie discipline scientifiche afferenti lo studio del comportamento umano, dei suoi riflessi e delle sue derivazioni in campo sociologico e giuridico.

Fin dagli albori della civiltà, infatti, il fenomeno criminale ha costituito il terreno di studio privilegiato delle scienze normative (diritto penale, *in primis*), e solo con l'avvento della società moderna le scienze naturali (scienze “mediche” prima, quali la psichiatria clinica, e

sociologiche, poi) hanno iniziato ad occuparsi di tale materia.

La crescita culturale della società e la sua comprensione analitica dei fenomeni naturali ha coinciso con le tappe fondamentali dello sviluppo della tecnica di analisi critico-criminologica applicata all'atto deviante. La nascita della scuola positiva e gli studi sociologici del fatto delittuoso (con i suoi deprecabili e noti riflessi pseudo clinico-antropologici della scuola lombrosiana) di stampo Ottocentesco, fino ai più recenti (e fondati) studi scientifici, soprattutto di origine anglosassone, sulla componente sociologica dell'origine del fenomeno criminale (essenziali nell'elaborazione delle tecniche e degli strumenti normativi di prevenzione criminale) rappresentano fasi fondamentali dello sviluppo della scienza criminologica.

Merito della scienza criminologica moderna è quello di esaurire in un unico impianto critico la comprensione del fenomeno della devianza criminale, quale atto umano oggettivamente valutabile su diversi piani sistematico-scientifici (normativo, sociologico, medico-clinico, ecc.), coesistenti nello stesso ambito analitico.

L'Opera del prof. avv. Giovanni Neri (Rettore Magnifico e professore ordinario di Criminologia e Sistema penale presso l'UPM – Università internazionale di Milano, nonché Presidente dell'Accademia Italiana delle Scienze Criminologiche ed Investigative) si pone l'obiettivo di fornire una rappresentazione sistematica dei rapporti tra Criminologia e Sistema penale.

Nel testo lo studio criminologico è affrontato mediante l'analisi della dogmatica giuridica e degli ambiti del Diritto penale e del Diritto processuale, esposta per mezzo di una solida completezza logico-argomentativa.

Perfettamente coerente allo spirito della Scienza criminologica, l'Autore sviluppa la sua trattazione approcciando una sistematica interpretazione dell'impianto penalistico italiano, mediante una sapiente lettura criminologica delle varie fattispecie delittuose

contemplate dall'ordinamento giuridico, secondo una lettura unitaria del fenomeno criminale.

La competenza di Neri, unitamente ad un maturo lavoro di reinterpretazione dottrinale della materia, consente una corretta e coerente trattazione degli aspetti criminologico-giuridici della stessa.

L'opera riorganizzativa di tipo manualistico della materia penale-criminologica, è inquadrata in una parte generale e in 4 sezioni di parte speciale, a cui si aggiunge una trattazione specifica dei singoli reati in chiave criminologica. Questa distinzione concettuale consente di operare un *continuum* nell'apprendimento e nell'approfondimento della criminologia giuridica, riuscendo a conservare un'assoluta autonomia nella trattazione dei singoli argomenti affrontati.

La sapiente costruzione dell'opera e la validità di contenuto, conferisce al testo l'approfondimento necessario a farne un validissimo contributo di carattere scientifico, pur presentando al contempo uno spiccato taglio pratico-manualistico: una soluzione volutamente onnicomprensiva che l'Autore ha ritenuto indispensabile per il criminologo giurista.

Giovanni Neri, si è cimentato in un lavoro obiettivamente assai complesso, rappresentando un "*ipotesi sistematica*" dell'universo criminologico giuridico, attraverso l'inquadramento della criminologia all'interno del diritto dello Stato, e sfociando nella realtà internazionale con relativo approfondimento dei profili comparativistici.

La formazione multidisciplinare - non solo di taglio giuridico - dell'Autore gli ha concesso di conservare l'apertura scientifica necessaria negli approfondimenti dei diversi campi in cui spazia la Criminologia, consentendogli di ampliare i vari contenuti della sua trattazione, toccando le aree socio-psicologiche senza però "mai esorbitare" (pur avendone le competenze e la giusta dimestichezza per farlo), non generando, dunque, quelle imbarazzanti "invasioni di campo", molto spesso

non pertinenti, e mantenendo un’attenta coerenza logico-scientifica.

“*Criminologia giuridica. Un’ipotesi sistematica*” è dunque la nuova frontiera dell’indagine criminologica nel mondo del diritto penale contemporaneo.

VINCENZO M. MASTRONARDI

