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

Anno II
Numero 2 -2020
MAGGIO – AGOSTO

WWW.ISTITUZIONIDIRITTOECONOMIA.EU

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:

AGOSTO 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 LOTITO, *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

CONTRIBUTI E RICERCHE

MICHELE ALESCI
Considerazioni sul delitto di "associazione segreta" (l. 25 gennaio 1982, n. 17). Contributo all'interpretazione del concetto di "interferenza" e del rapporto con gli altri elementi della fattispecie [PARTE PRIMA] ..... » 4

PIERGIUSEPPE BASILE
Brevi notazioni sul contenzioso elettorale: tra problematiche aperte e prospettive ..... » 121

LAURA MANCINI
Giustizia del contratto, autonomia privata e mercato ..... » 155

PIETRO MANCINI
Brevi appunti sulla rifondazione dello "Stato nazione" nel contesto della Global economic governance..... » 205

ANDREA PELLEGRINO
I difficili rapporti tra la declaratoria immediata di determinate cause di non punibilità ex art. 129 cod. Proc. Pen. e la pronuncia assolutoria per insufficienza o contraddittorietà della prova. Il giudizio di rinvio e le conseguenze derivate dalla presenza della parte civile..... » 220

IVAN CUOCOLO
Considerazioni su alcuni aspetti del pensiero giuspolitico di Francisco de Vitoria..... » 235

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

GIOVANNA ARIEMMA
Occupazioni sine titulo e tutela del privato: l'ammissibilità della rinuncia abdicativa in materia di espropriazione per pubblica utilità (Nota a: Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria, 20 gennaio 2020, n. 2 - Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria, 20 gennaio 2020, n. 4) ..... » 255

JEAN PAUL DE JORIO
Quale futuro per l'unione europea? La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul quantitative easing attuato dalla Bce:

Nihil sub sole novi.
(Nota a: *Bundesverfassungsgericht,* sentenza 5 maggio 2020 – 2 BvR 859/15, 980/15, 2006/15 e 1651/15) ……..…….... » 291

RECENSIONI

DARIO LUONGO, *Il giurisdizionalismo dei moderni. Polemiche anticurialistiche nella Napoli del preilluminismo*, Giappichelli, Torino, 2018. (a cura di IVAN CUOCOLO) ……..……... » 317

ALESSANDRA CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, il Mulino, Bologna, 2019. (a cura di REMO TREZZA)..... » 328

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA [*online*] ISSN 2704-8667
Anno II – Num. 2 – 2020 *www.istituzionidirittoeconomia.eu*

Contributi e Ricerche

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA [*online*] ISSN 2704-8667
Anno II – Num. 2 – 2020 *www.istituzionidirittoeconomia.eu*

MICHELE ALESCI*

CONSIDERAZIONI SUL DELITTO DI "ASSOCIAZIONE SEGRETA" (L. 25 GENNAIO 1982, N. 17). CONTRIBUTO ALL'INTERPRETAZIONE DEL CONCETTO DI "INTERFERENZA" E DEL RAPPORTO CON GLI ALTRI ELEMENTI DELLA FATTISPECIE

[PARTE PRIMA]

«*La segretezza è il principio della tirannia*»
[R.A. HEINLEIN, 1973] **

SOMMARIO: [PARTE PRIMA] 1. Premessa. – 2. Introduzione. – 3. Associazionismo segreto e diritto. L'art. 18 Cost., la L. 26 novembre 1925, n. 2029 contro la massoneria, l'aggravante dell'art. 339 C.p. e la L. 25 gennaio 1982, n. 17 sulle «associazioni segrete» quale prototipo della c.d. "legislazione d'emergenza". – 4. La discussa ratio del secondo comma dell'art. 18 Cost.: la segretezza quale "presunzione di pericolosità" – e, quindi, di "illiceità" – e il problema del "fine" dell'associazione. – 4.1. (Segue) L'associazione segreta si muoverebbe nella dimensione del "politicamente rilevante". Origine, sviluppo e critiche dell'orientamento dominante. – 5. Il delitto di associazione segreta nel panorama dei reati associativi, tra "materializzazione" e "dematerializzazione" della fattispecie e il problema della sua indeterminatezza. – 6. L'indecifrabile rapporto tra gli elementi della fattispecie: la segretezza, l'interferenza e lo "scopo ultimo" dell'associazione segreta. – 7. La condotta incriminata e l'"iperonimia" del termine «interferire». Cenni e rinvio. – [PARTE SECONDA] 8. Il bene giuridico tutelato tra ratio legislatoris e littera legis, alla ricerca della ratio legis. Anche l'associazione segreta tipizzata dalla legge Anselmi si muoverebbe nella dimensione del "politicamente rilevante". – 8.1. Prima tesi: «il reato di associazione segreta tutela l'ordine costituzionale». Ragioni e limiti dell'assunto. – 8.2. Seconda tesi: «il reato di associazione segreta tutela il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione». Correttezza dell'assunto ed eventuale configurabilità del delitto come reato di pericolo "plurioffensivo" in forma "eventuale". – 9. "Interferenza" vs. "influenza" come parametro insoddisfacente di delimitazione della condotta penalmente

rilevante. – 9.1. L'interferenza come "risultato dell'azione" che ha l'effetto di ostacolare o impedire l'esercizio delle funzioni pubbliche, e in quanto tale intrinsecamente illecita. Il delitto di associazione segreta come reato "causalmente orientato". Fattispecie similari e tentativo di elencazione di condotte che non siano già penalmente rilevanti. – 9.2. Le ragioni a favore dell'interpretazione "restrittiva" della fattispecie e il problema del concorso con altri reati di natura associativa. – 10. I progetti di riforma del Codice penale delle Commissioni "Pagliaro" e "Grosso" e la proposta di riforma della legge Anselmi del 2018. Verso il paradigma del "reato ostativo"? – 11. Conclusioni e proposte de jure condendo.

1. *Premessa*[1]

1.1. Lo scopo del presente scritto non è di analizzare il fenomeno dell'associazionismo segreto, né di descrivere, e tanto meno di ricostruire, neppure per sommi capi, la vicenda della Loggia massonica "Propaganda Due" (anche conosciuta con l'acronimo "P2"), la cui scoperta[2] può essere considerata uno dei fatti che

* Avvocato e Dottore di ricerca in "Diritto e procedura penale" presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

** R.A. HEINLEIN, *Time Enough for Love*, New York, 1973, trad. it., *Lazarus Long l'immortale*, a cura di R. Rambelli, Milano, Nord, 1979, p. 362.

[1] Sin d'ora si avvisa il lettore che le sentenze citate nel presente scritto sono state tratte da accreditati motori di ricerca giuridici, sia istituzionali – quali "*SentenzeWeb*" (sito ufficiale della Corte di cassazione), "*HUDOC*" (sito ufficiale della Corte europea dei diritti dell'uomo), "*CURIA*" (sito ufficiale della Corte di giustizia dell'Unione europea) e il sito ufficiale della Corte costituzionale – sia privati – quali "*Foro Italiano*" (Soc. Ed. «Il Foro Italiano»), "*DeJure*" (Giuffrè) e "*Pluris*" (Wolters Kluwer) –, con riferimento alle quali, pertanto, si ometterà di indicare la fonte di reperimento. Per le sentenze di merito e per quelle più datate, in special modo quelle anteriori agli anni Ottanta del secolo scorso non rinvenibili in molti motori di ricerca, nonché per le sentenze più importanti, indipendentemente dalla data di pubblicazione, si indicherà invece la fonte da cui sono state tratte.

[2] Avvenuta per caso con il sequestro della documentazione rinvenuta durante la perquisizione di alcuni locali di proprietà di Licio Gelli, a Castiglion Fibocchi, disposta nel marzo del 1981 dai giudici istruttori del Tribunale di Milano (Giuliano Turone e Gherardo Colombo) nell'ambito di un'inchiesta relativa a fatti ritenuti allora estranei (il finto rapimento di Michele Sindona). Contro la perquisizione si scagliò P. NUVOLONE, *Massoneria e norme penali*, in *Ind. pen.*, 1981, 2, p. 453, che considerò "non molto lodevole" «il comportamento di qualche magistrato (estraneo

maggiormente ha caratterizzato in negativo la fase politica che va sotto il nome di "Prima Repubblica"[3]. Questo genere di analisi, infatti, non compete ai giuristi, ma, relativamente al tema delle associazioni segrete, agli antropologi e ai sociologi [4], e, per quanto concerne la Loggia P2, agli storici e soprattutto ai politologi, che tradizionalmente hanno studiato siffatto genere di vicende nella teoria dei cc.dd. "poteri occulti" (o "paralleli" o dell'"anti-stato")[5] – o "poteri invisibili", come

alla Procura di Roma) che ha effettuato perquisizioni per reperire e sequestrare elenchi di presunti membri delle logge, permettendo, poi, una notevole pubblicazione, che viola certamente il segreto di ufficio. Il magistrato deve accertare reati, e l'appartenenza alla massoneria non è un reato: questo dovrebbe essere ben chiaro, ad evitare abusi e caccia alle streghe» (si vedano anche i successivi scritti dell'Autore ivi pubblicati dal titolo *Babele del diritto*, p. 456 ss., e *I limiti della responsabilità*, p. 458 ss.).

[3] L'altra vicenda che, a distanza di un decennio, suscitò un enorme scalpore è sicuramente quella di "Tangentopoli" – scaturita dalle inchieste giudiziarie denominate "Mani pulite" –, che, secondo la comune opinione, decretò la fine della c.d. "Prima Repubblica".

[4] Fondamentale al riguardo è considerato lo studio di GEORGE SIMMEL (1858-1919), dal titolo *The sociology of secret and of secret societies*, in *The American Journal of Sociology*, Vol. 11, No. 4 (Jan. 1906), p. 441 ss. In argomento si vedano poi: N. MACKENZIE (ed.), *The Secret Societies*, Aldus Books Limited, London, 1967, trad. it., *Le società segrete*, trad. it. a cura di V. Di Giuro, Milano, Rizzoli, 1968; G. VANNONI, *Le società segrete dal Seicento al Novecento*, Firenze, Sansoni, 1985. Per una descrizione del fenomeno associativo in generale si rinvia a: R. PARDOLESI, voce *Associazionismo*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. civ.*, Vol. I, Torino, Utet, 1987, p. 498 ss.; D. LA VALLE, *A cosa servono le associazioni*, in *Quad. sociol.*, 2005, 39, p. 73 ss.

[5] Cfr., *ex plurimis*: S. LIMITI, *Poteri occulti*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2018; S. RODOTÀ, *P2 e Stato. Le dinamiche di occupazione del potere da parte del partito occulto*, in M. RAMAT – G. D'ALEMA – S. RODOTÀ – L. BERLINGUER, *La resistibile ascesa della P2. Poteri occulti e Stato democratico*, Bari, De Donato, 1983, p. 151 ss.; G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico. Unità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, 1995, Vol. 118, Parte V, c. 21 ss.; M.S. GIANNINI, *Associazioni segrete e gruppi di potere*, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 1756 ss. Per indicare la presenza di poteri occulti si parla anche di "stato nello Stato" e di "doppio Stato", espressione quest'ultima resa famosa dallo storico Franco De Felice (1937-1997) con lo scritto *Doppia lealtà e doppio Stato*, in *Studi storici*, 1989, 3, p. 493 ss. (cfr. anche G. SABBATUCCI, *Il "doppio Stato"*, in *Dimensioni e problemi della ricerca storica*, 2009, 1, p. 89 ss.; l'espressione risalirebbe a E. FRAENKEL, *Doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, trad. it. di P.P. Portinaro, Torino, Einaudi, 1983).

li definiva Norberto Bobbio[6] –, che si pone al confine con la teoria dei cc.dd. "gruppi di pressione" (o "di interesse" o "*lobbies*", secondo la diffusa terminologia anglosassone)[7].

[6] Cfr. gli scritti: *La democrazia e il potere invisibile*, in *Riv. it. sci. pol.*, 1980, 2, p. 181 ss.; *I poteri invisibili*, in *Nuova antologia*, 1981, vol. 564, fasc. 2139, p. 22 ss.; *Segreto e misteri. I poteri invisibili*, in N. BOBBIO, *Democrazia e segreto*, Torino, Einaudi, 2009, p. 5 ss.; *Il potere invisibile*, in N. BOBBIO, *Elementi di politica*, Torino, Einaudi, 1998, p. 211 ss.; Arcana imperii*: verità e potere invisibile*, in AA.VV., *Le ragioni della memoria. Interventi e riflessioni a vent'anni dalla strage di piazza della Loggia*, Brescia, Grafo, 1994, p. 95 ss.; *Potere visibile e potere invisibile*, in *Nuova antologia*, 1981, vol. 544, n. 2137, p. 6 ss.; *Il potere invisibile*, in N. BOBBIO, *Le ideologie e il potere in crisi. Pluralismo, democrazia, socialismo, comunismo, terza via e terza forza*, Firenze, Felice Le Monnier, 1981, p. 187 ss.

[7] Su cui si rinvia a: D. FISICHELLA, voce *Gruppi di interesse e di pressione*, in *Enc. Scienze Sociali*, Vol. IV, Roma, Treccani, 1994, p. 442 ss. (anche consultabile al sito *http://www.treccani.it/enciclopedia/gruppi-di-interesse-e-di-pressione_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/*); ID., *Gruppi di interesse e gruppi di pressione nella democrazia moderna. Uno schema di interpretazione*, in *Riv. it. sci. pol.*, 1980, 10, p. 53 ss.; T.E. FROSINI, voce *Gruppi di pressione*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. Ainis, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 228; G. PASQUINO, voce *Gruppi di pressione*, in *Dizionario di Politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, Utet, 1976, p. 417 ss.; ID., *Rappresentanza degli interessi, attività di lobby e processi decisionali: il caso italiano di istituzione permeabili*, in *Stato e mercato*, 1987, 3, p. 403 ss.; G. MACRÌ, voce *Lobbies*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg. V, Torino, Utet, 2012, p. 471 ss.; L. ORNAGHI, voce *Gruppi di pressione*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, Giuffrè, 1999, p. 656 ss.; M. COTTA – D. DELLA PORTA – L. MORLINO, *Scienza politica*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 185 ss. Sui profili penali dell'attività di *lobbying* si veda, di recente, R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, Torino, Giappichelli, 2018, il quale però omette qualsiasi accenno alla L. 25 gennaio 1982, n. 17 e al tema delle associazioni segrete. Sui rapporti tra associazioni segrete e gruppi di pressione si vedano le considerazioni di A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, in AA.VV., *Potere e responsabilità nello Stato costituzionale. Prospettive costituzionalistiche e penalistiche*, Atti del convegno, Messina 11 marzo 2011, Torino, Giappichelli, 2011, p. 132 ss. Anche la *Commissione parlamentare di inchiesta sulla Loggia massonica P2*, nella *Relazione* conclusiva a firma dell'On. Tina Anselmi, si pose «il quesito se l'attività di pressione, di intervento e di infiltrazione documentata possa essere inquadrata nell'ambito di normali operazioni di lobbyng, che sarebbe ipocrita non riconoscere ampiamente praticate – anche se nel caso della Loggia Propaganda si palesa il ricorso a mezzi di pressione di particolare incisività – o se invece esse siano riconducibili ad un disegno politico di più vasta portata» (*Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2*, Roma, 1984, p. 138; per i vari riferimenti v. *infra* nt. 23).

D'altro canto, in ottica propriamente giuridica, la nostra analisi non verterà sull'art. 18 della Costituzione – ad eccezione del secondo comma che rappresenta la base normativa di ogni discorso giuridico post-costituzionale sull'associazionismo segreto –, né si ha intenzione di esaminare nel dettaglio la L. 25 gennaio 1982, n. 17, recante "*Norme di attuazione dell'articolo 18 della Costituzione in materia di associazioni segrete e scioglimento della associazione denominata Loggia P2*", pur se composta da appena sei articoli[8]. Il discorso ci porterebbe troppo lontano, imponendoci di affrontare almeno tre argomenti: 1) il tema generale della liceità di organizzazioni strutturate come la massoneria e del loro operato, alla luce degli artt. 18, 49, 54, 67, 97, 98 e 101 Cost.[9]; 2) il

[8] Anche nota come "legge Anselmi" (dal nome dell'On. Tina Anselmi, Presidente della *Commissione parlamentare di inchiesta sulla Loggia massonica P2*), "legge Spadolini" (dal nome dell'allora Presidente del Consiglio dei Ministri, Giovanni Spadolini) o "legge Spadolini-Anselmi" (nel proseguo del testo ci riferiremo alla L. n. 17 del 1982 come alla "legge Anselmi"). Per la disamina di ciascun articolo della legge si rinvia al *Commentario a cura di A. Liserre*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1982, 5, p. 1228 ss., e al *Commentario breve alle leggi penali complementari*[2], a cura di C.E. Paliero e F.C. Palazzo, Padova, Cedam, 2007, p. 505 ss. Il testo della legge Anselmi fu pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1, p. 284 ss.

[9] In argomento si vedano, tra i tanti, E. SPAGNA MUSSO, *Il problema costituzionale della massoneria*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1361 ss., e gli interventi di P. NUVOLONE, *Massoneria e norme penali* e *Massoneria e associazioni segrete*, in *Ind. pen.*, 1981, 2, p. 451 ss. Il *Novissimo Digesto Italiano* dedicò una voce alla *Massoneria* nel Vol. X, Torino, Utet, 1964, p. 317 ss., redatta da R. DE FELICE. Prima ancora si segnala la voce *Massoneria, Framassoneria ovvero Società dei franchi o liberi muratori*, contenuta nel *Dizionario politico popolare*, Torino, Tipografia di Luigi Arnaldi, 1851, ed. con note di commento a cura di P. Trifone, Salerno Editrice, Roma, 1984, p. 147 ss. Ricordiamo che attualmente la massoneria non è considerata un'associazione segreta. In quella che forse è la prima sentenza sulle associazioni segrete e sul divieto di cui all'art. 18 cpv. Cost., spesso citata negli scritti sul tema, Pret. Napoli, 28 novembre 1948, in *Dir. e giur.*, 1950, p. 224 ss., con nota di S. CASSARINO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, ivi, statuì che «Non risulta né è stata offerta prova che gli organi dello Stato, e precisamente l'esecutivo, cui spetta ordinare lo scioglimento delle associazioni vietate, abbia ritenuto agire in tali sensi contro gruppo massonico alcuno. Ciò fa presumere che le associazioni massoniche abbiamo in buona parte perdute le antiche caratteristiche per cui manca allo stato attuale il fatto obbiettivo della segretezza mantenuta e quindi manchi uno dei presupposti del divieto di legge» (la sentenza concerneva la Loggia di S. Giovanni di Scozia e la sua legittimazione a stare in giudizio ai sensi dell'art. 36

problema dell'eventuale regime di pubblicità delle associazioni, in presenza del «diritto di associarsi *liberamente*» costituzionalmente riconosciuto (art. 18, co. 1)[10]; e soprattutto 3) la questione della

C.c.). Nello stesso senso si espresse un decennio dopo App. Genova, 27 giugno 1960, Soc. Urbs c. Prov. di Genova, in *Foro. it Rep.*, 1960, c. 200 (s.m.), e per esteso in *Temi genovese*, 1960, 5, c. 334 ss., per la quale l'esistenza della massoneria «ha, d'altronde, manifestazioni anche pubbliche, mediante proprie rappresentanze, manifesti, libri, riviste e bollettini, etc.; la relativa segretezza non cela scopi inconfessabili e *contra legem*, bensì è un tradizionale residuo delle misure di prudenza, intese ad evitare le persecuzioni poliziesche di governi illiberali, reazionari o dispotici» (la sentenza riguardava la società "Urbs", composta da massoni e istituita nel 1910 per la compravendita di immobili, tra cui quello di Palazzo Giustiniani a Roma, sede attuale della Loggia del Grande Oriente d'Italia). Questa fu anche l'opinione espressa in sede costituente nella seduta del 10 dicembre 1946 dall'On. M. Cevolotto per il quale «la massoneria non può ritenersi un'associazione segreta, essendo noti a tutti i suoi programmi, i suoi dirigenti e la sua sede». Nel 1986 furono anche presentate diverse interpellanze e interrogazioni sulla natura dell'Opus Dei (i cui testi sono riportati nel *Resoconto stenografico*, n. 561, Seduta di lunedì 24 novembre 1986, IX Legislatura – Camera dei deputati, p. 49448 ss.).

[10] Che comporterebbe, innanzitutto, una revisione della disciplina contenuta nel Codice civile (Libro I, Titolo II), da sempre considerata estremamente scarna, e il contemperamento con il diritto (se non di segretezza) di riservatezza degli associati. Ma si tratta di un problema privo di senso per le associazioni penalmente illecite, come quelle segrete di cui alla legge Anselmi, che tra l'altro ha tipizzato l'ipotesi dell'associazione segreta che opera «*all'interno di associazioni palesi*» (siano esse di fatto o registrare, e quindi a prescindere dall'adempimento di oneri di pubblicità). Con riferimento al tema della pubblicità la dottrina si è mostrata divisa. In senso favorevole all'introduzione di un regime di pubblicità si sono espressi: S. CASSARINO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., pp. 234-235, che proponeva l'obbligo di registrazione quale «valido strumento per l'accertamento della segretezza e sufficiente garanzia di libertà», ma non anche l'avviso alla pubblica autorità in quanto «non si tratta di una riunione, fenomeno di carattere transeunte, ma di un'associazione, che ha invece carattere stabile […], e che ha bisogno quindi di un più preciso e documentato accertamento della sua esistenza»; P. BARILE, voce *Associazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 848, il quale, «allo scopo di disciplinare più compiutamente la materia delle associazioni segrete», ha proposto di imporre «l'obbligo della *registrazione* di tutte le associazioni, il che non violerebbe il divieto di autorizzazione preventiva (lo stesso accade in tema di stampa periodica) e che obbligherebbe ogni associazione a palesarsi all'atto della costituzione» (in questo senso anche F.C. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 2, p. 437); A. MELONCELLI, *Associazioni segrete e diritto di associazione*, in *Dem. e dir.*, 1981, 4, pp. 121-122, per il quale «ove si

tratti di contemperare l'interesse dei privati all'associazione con l'interesse al mantenimento dell'ordine pubblico può essere sufficiente – ma indispensabile per ragioni di riservatezza – far ricorso all'imposizione di obblighi di comunicazione di dati all'autorità di pubblica sicurezza o all'esibizione di documenti» (come prevedeva l'art. 209, co. 1, del R.D. 18 giugno 1931, recante il *Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*); E. SPAGNA MUSSO, *Il problema costituzionale della massoneria*, cit., p. 1371, per il quale il modo migliore per regolare la segretezza sarebbe quello di adottare un regime di pubblicità «almeno per quanto riguarda l'organizzazione e il funzionamento dei pubblici poteri, e ciò perché è il criterio formale a dare maggiore certezza sulla identificazione della segretezza». Per C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II[9], Padova, Cedam, 1976, p. 1163, non si poteva «andare oltre all'obbligo della comunicazione dello statuto e dell'elenco dei capi (non già pure dello scopo, dovendo esso risultare dallo statuto, né della sede, anche perché nessuna norma prescrive l'obbligo di averne); né che il divieto di segretezza importi la necessità della previa "registrazione" dell'associazione (imposta solo per le persone giuridiche)».

In senso contrario si sono espressi: P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 746 e 747, il quale riteneva che il divieto di segretezza «non comporta un indiscriminato obbligo di pubblicità su tutti gli aspetti dell'attività sociale, e nemmeno – secondo un'opinione che sembra di poter condividere – consente al legislatore ordinario di introdurlo»; «non si può infatti nascondere che, nella realtà sociale del nostro Paese, un obbligo indiscriminato di comunicare all'autorità di polizia nomi e informazioni può rappresentare un concreto impedimento alla libertà di associazione»; A. PACE, *Art. 18*, in *Rapporti civili. Art. 13-20*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, 1977, p. 218, nt. 11, per il quale «la tesi che ritiene auspicabile forme "ufficiali" di pubblicità, in relazione alle quali misurare l'eventuale segretezza […], è tre volte errata. In primo luogo perché il divieto di segretezza non equivale alla possibilità di generalizzare l'obbligo di pubblicità (questo ponendosi come strumentale al perseguimento di obiettivi costituzionalmente rilevanti […]. In secondo luogo perché un generale obbligo di registrazione […] sarebbe contraddittoriamente prospettabile per le associazioni non riconosciute di cui al codice civile e, comunque, per le associazioni di fatto. Infine, perché anche se qualificate come "oneri", eventuali forme di pubblicità necessaria (ove non ricollegate ad un fine costituzionalmente rilevante, diverso quindi dal controllo fine a se stesso, e dalla schedatura politica) non cesserebbero di essere incostituzionali, perché l'onere in questo caso si risolverebbe in un obbligo […]»; P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 248, per il quale «al divieto non può annettersi certamente un contenuto così penetrante da imporre una regola generale di conoscibilità di ogni aspetto e di ogni particolare della struttura e delle attività sociali: ciò sarebbe in contrasto con la tutela accordata da norme costituzionali (artt. 14, 15, 17) alla dimensione strettamente

partecipazione dei funzionari pubblici, di qualsiasi genere e grado, a organizzazioni segrete o alla massoneria[11], con riferimento alla quale si è anche pronunciata in diverse occasioni la Corte E.D.U.[12] ed è stato recentemente presentato un disegno di legge che propone di decretarne la totale "incompatibilità" con l'esercizio delle funzioni pubbliche[13].

privata anche nell'ambito della comunicazione intersoggettiva, e con quella sfera di riservatezza alla cui protezione ciascun soggetto privato ha diritto».

[11] Che abbiano ovviamente caratteristiche diverse dalle associazioni segrete di cui alla L. n. 17 del 1982.

[12] Corte E.D.U., Sez. I, 31 maggio 2007, *Affaire Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie (n. 2)*, Requête n. 26740/02 (disponibile sul sito *HUDOC* solo in lingua francese), con riferimento alla L.R. Friuli Venezia Giulia 15 febbraio 2000, n. 1; Corte E.D.U., Sez. IV, 2 agosto 2001, *Case of Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy*, Application n. 35972/97, con riferimento alla L.R. Marche 5 agosto 1996, n. 34 (in *Giur. cost.*, 2001, 5, p. 3014, con nota di E. Crivelli); Corte E.D.U., Sez. II, 3 giugno 2008, caso *Franco Siveri e Giancarlo Chiellini c. Italia*, ricorso n. 13148/04, con riferimento alla L.R. Toscana 8 marzo 1979, n. 11 e alla L.R. Toscana 23 agosto 1983, n. 68. Con riferimento alla responsabilità del magistrato si veda, inoltre, Corte E.D.U., Grand Chamber, 17 febbraio 2004, *Case of Maestri v. Italy*, Application n. 39748/98.

[13] Ci riferiamo al D.D.L. recante "*Disposizioni in materia di incompatibilità con la partecipazione ad associazioni che comportano vincolo di obbedienza come richiesto da logge massoniche o ad associazioni fondate su giuramenti o vincoli di appartenenza*" (S. 364), presentato in Senato in data 24 aprile 2018 e assegnato alla I Commissione permanente Affari Costituzionali in sede redigente il 25 luglio 2018, che, tra le altre cose, prevede la modifica degli artt. 1 e 2 della L. 25 gennaio 1982, n. 17 (v. *infra* nel testo). Il D.D.L. è stato preceduto dalla Proposta di legge recante "*Disposizioni in materia di limiti e dichiarazioni relativi all'appartenenza ad associazioni massoniche o similari*" (C. 4422, XVII Legislatura – Camera dei Deputati), presentata alla Camera dei deputati l'11 aprile 2017 e assegnato alla I Commissione Affari Costituzionali in sede referente il 3 maggio 2017, e dalla Proposta di legge di modifica della L. n. 17 del 1982, presentata alla Camera nel febbraio del 2017 (C. 4328, XVII Legislatura – Camera dei Deputati). Attualmente, ci sembra che lo statuto dell'incompatibilità per i dipendenti pubblici risulta dal combinato disposto delle seguenti disposizioni: 1) artt. 54 e 98 Cost.; 2) L. 25 gennaio 1982, n. 17, in particolare l'art. 4, ai sensi del quale «*Ai dipendenti pubblici, civili e militari, riconosciuti responsabili di appartenere ad associazioni segrete, sono irrogate le sanzioni disciplinari previste dai rispettivi ordinamenti di appartenenza*» (co. 7); 2) art. 5, co. 1, del D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 (*Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici*), ai sensi del quale «*Nel rispetto della disciplina vigente del diritto di associazione, il dipendente comunica tempestivamente al responsabile*

dell'ufficio di appartenenza la propria adesione o appartenenza ad associazioni od organizzazioni, a prescindere dal loro carattere riservato o meno, i cui ambiti di interessi possano interferire con lo svolgimento dell'attività dell'ufficio»; 3) art. 3, lett. *g*), del D.Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 (*Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150*), ai sensi del quale «*Costituiscono illeciti disciplinari al di fuori dell'esercizio delle funzioni:* […] g) *la partecipazione ad associazioni segrete o i cui vincoli sono oggettivamente incompatibili con l'esercizio delle funzioni giudiziarie*»; 4) art. 1475, co. 3, del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (*Codice dell'ordinamento miliare*), ai sensi del quale «*I militari non possono aderire ad associazioni considerate segrete a norma di legge e a quelle incompatibili con i doveri derivanti dal giuramento prestato*». A queste disposizioni si aggiungano quelle previste da alcune leggi regionali tra cui: L.R. Toscana, 8 marzo 1979, n. 11; L.R. Toscana 23 agosto 1983, n. 68; L.R. Emilia Romagna 16 giugno 1984, n. 34; L.R. Piemonte 24 dicembre 1984, n. 65; L.R. Liguria 22 agosto 1984, n. 41; L.R. Lazio 28 febbraio 1985, n. 23; L.R. Marche 5 agosto 1996, n. 34; L.R. Friuli Venezia Giulia 15 febbraio 2000, n. 1. La competenza regionale a emanare leggi sulla responsabilità dei propri dipendenti e di altri soggetti nominati dagli organi regionali in quanto appartenenti ad associazioni segrete è stata attribuita dall'art. 4, co. 13, L. n. 17 del 1982.

Sul tema si rinvia per la dottrina a: V. DE SANTIS, *Il divieto di istituire associazioni segrete. Obblighi di trasparenza dei dipendenti pubblici e tutela del pluralismo associativo*, in *federalismi.it*, 2017, 22, in particolare p. 23 ss.; A. GUSTAPANE, *Illecito disciplinare ed appartenenza ad associazioni segrete ai sensi della l. n. 17 del 1982*, in *Foro amm.*, 1985, 6, p. 1279 ss.; L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, Napoli, Jovene, 1984, p. 148 ss.; G. SIGNORELLI, *Stato democratico e società segrete*, in *Vita sociale*, 1994, 2, p. 85 ss. Si ricorda, poi, che sull'art. 4, co. 11, L. n. 17 del 1982 è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 978 del 1988, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale (con nota di P.P. RIVELLO, *Accertamenti amministrativi circa la partecipazione ad associazioni segrete: un intervento (almeno parzialmente) chiarificatore della Corte Costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1989, 4, p. 595 ss.). Con riferimento alla *responsabilità disciplinare del magistrato* per appartenenza alla massoneria si è pronunciato il Consiglio Superiore della Magistratura (cfr., in particolare, C.S.M., Sez. Disciplinare, 9 febbraio 1983, Pres. De Carolis, est. Zagrebelsky, in *Giur. it.*, 1983, III, 1, c. 206 ss.), la Corte E.D.U. (Grand Chamber, 17 febbraio 2004, *Case of Maestri v. Italy*, Application n. 39748/98S, con nota di L. Geninnati Satè in *Foro amm.*, 2004, 3, p. 621 ss.) e le Sezioni unite della Cassazione civile (Sez. un., 30 gennaio 1985, n. 557, in *Foro it.*, 1985, Vol. 108, n. 2, Parte I, c. 378 ss., con nota di G. CORSO, *L'illecito disciplinare del magistrato tra legge e contratto di lavoro*). Per la totale incompatibilità della partecipazione del magistrato ad associazioni anche solo "occulte" si è espresso in dottrina U. NANNUCCI, *La strana*

1.2. Il presente scritto, come suggerisce il titolo, ha una portata più limitata e modesta; vuole offrire un contributo allo studio della fattispecie incriminatrice della c.d. "associazione segreta" di cui agli artt. 1 e 2 della L. n. 17 del 1982, che lascia irrisolte diverse questioni, anche perché poco studiata e rimasta quasi inapplicata[14]. Cercheremo

legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte, in *Cass. pen.*, 1992, 10, pp. 2504-2505 e 2506; ID., *Il giudice non può essere massone*, in *Cass. pen.*, 1996, 1, p. 388 ss. Sempre sulla responsabilità del magistrato si vedano pure: S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Gli illeciti – Le sanzioni – Il procedimento*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 350 ss.; G. SIGNORELLI, *Stato democratico e società segrete*, cit., p. 85 ss.; V. DE SANTIS, *Il divieto di istituire associazioni segrete. Obblighi di trasparenza dei dipendenti pubblici e tutela del pluralismo associativo*, cit., p. 34 ss.; la relazione alla Proposta di legge del 2017 recante "*Modifiche alla legge 25 gennaio 1982, n. 17, e altre disposizioni in materia di incompatibilità*" (C. 4328, XVII Legislatura – Camera dei Deputati), che è stata ritagliata particolarmente sulla magistratura. Per altre sentenze civili e amministrative sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici per appartenenza ad associazioni segrete si vedano quelle citate da G. Silvestri, in *Foro it.*, 2011, Vol. 134, Parte II, c. 123 ss.

[14] L'unica applicazione che ci risulta, peraltro in via non definitiva, è quella operata da Trib. Roma, Sez. IX (II Collegio), 16 marzo 2018 (dep. 14 giugno 2018), imp. Carboni e altri, *inedita*, che si è pronunciata sull'inchiesta denominata icasticamente "P3" (*Operazione insider*) avviata nel 2010 (preceduta dall'ordinanza del Trib. Roma, 2 novembre 2010, n. 2998, imp. Carboni e altro, in *Foro it.*, 2011, Vol. 134, Parte II, c. 123 ss., con osservazioni di G. Silvestri, e da Cass. pen., Sez. fer., 9 settembre 2010, n. 34244, imp. Carboni e altro, entrambe relative all'applicazione di misure cautelari) (è possibile ascoltare la registrazione audio dell'udienza del 16 marzo 2018 sul sito *http://www.radioradicale.it/scheda/535951/processo-p3-sentenza*). Ci risultano, poi, alcuni precedenti di legittimità relativi alla stessa vicenda ma concernenti l'applicazione di misure cautelari: Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2017 (dep. 12 giugno 2017), n. 29178, imp. Marra; Cass. pen., Sez. V, 21 dicembre 2017 (dep. 1 marzo 2018), n. 9405, imp. Marra; Cass. pen., Sez. I, 21 aprile 2017 (dep. 5 settembre 2017), n. 40297, imp. Romeo; Cass. pen., Sez. V, 26 marzo 2018 (dep. 17 luglio 2018), n. 33146, imp. Romeo (con nota di A. Cimmino in *www.penalecontemporaneo.it*, e di A. Maniccia, in *Cass. pen.*, 2019, 1, p. 144 ss.); Cass. pen., Sez. VI, 6 aprile 2018 (dep. 17 luglio 2018), n. 33047, imp. Romeo; Cass. pen., Sez. VI, 20 dicembre 2018 (dep. 2 maggio 2019), n. 18195, imp. Romeo, *inedita* (massimata con osservazioni in *Dir. pen. proc.*, 2019, 6, p. 796 ss.). Probabilmente è a quest'ultima vicenda processuale che si riferisce il relatore della Proposta di legge di modifica della L. n. 17 del 1982 già citata (C. 4328), quando afferma che «alcuni pubblici ministeri hanno cominciato ad adoperare la legge 25 gennaio 1982, n. 17, cosiddetta legge Anselmi, magari con l'aggravante prevista dall'articolo 7 del

di cogliere il senso di tale previsione e le interpretazioni giuridiche di cui è passibile, concentrandoci in particolar modo sul concetto di "interferenza sulle funzioni pubbliche" – l'art. 1 L. cit. parla di «*attività diretta ad interferire sull'esercizio delle funzioni*» –, che costituisce uno dei due elementi (l'altro è quello della "segretezza") su cui si incentra il disvalore (non solo penale) del fatto.

Ci imbatteremo, tuttavia, in un termine, quello di "interferenza", pressoché inedito nel diritto penale, che qualificheremo come "iperonimo" – avente cioè un significato più esteso rispetto ad altre unità lessicali in esso incluse –, e che, per questo motivo, è stato giustamente considerato affetto da *indeterminatezza*, situazione che, frustrando l'esigenza di certezza del diritto, mal si concilia con il diritto in generale e, ancor più, con il diritto penale, a cagione dell'interesse fondamentale della libertà dell'individuo.

Proveremo a capire come la condotta di interferenza possa manifestarsi concretamente, nella vita di tutti i giorni, e se essa comprenda *solo* condotte non incriminate da altre leggi (secondo una preferibile interpretazione *restrittiva*) ovvero *anche* (o solo) condotte già penalmente rilevanti, come lascerebbe desumere l'importanza dell'oggetto della condotta, ossia le "funzioni pubbliche"[15] – individuate all'art. 1 L. cit. nelle «*funzioni di organi costituzionali, di amministrazioni pubbliche, anche ad ordinamento autonomo, di enti pubblici*

decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152» (ossia l'aggravante del metodo mafioso, ora trasfusa nell'art. 416-*bis*.1 C.p.). Seppur datata, si segnala anche App. Roma, 26 marzo 1985, imp. Achilli e altri, in *Giur. mer.*, 1988, 3, p. 622 ss., relativa alla Loggia P2, che però ha trattato del delitto in esame solo *incidenter tantum*. Altre pochissime sentenze della Cassazione hanno riguardato la mancanza dei presupposti per l'emanazione dei provvedimenti che disponevano perquisizioni locali e sequestri nel corso di indagini preliminari, senza tuttavia entrare nel merito dei problemi posti dalla fattispecie [Cass. pen., Sez. VI, 19 gennaio 2010 (dep. 8 febbraio 2010), n. 4999; Cass. pen., Sez. VI, 8 febbraio 1995 (dep. 3 maggio 1995), n. 489]. Per tali sentenze si vedano le brevi osservazioni di G. Silvestri, in *Foro it.*, 2011, Vol. 134, Parte II, c. 123 ss.

[15] Formula riassuntiva che utilizzeremo per riferirci sia alle funzioni degli organi e degli enti pubblici sia ai servizi pubblici indicati all'art. 1 della legge Anselmi; allo stesso modo, useremo la locuzione "funzionario pubblico" per riferirci al titolare delle funzioni (anche quale componente dell'organo collegiale) e al soggetto che svolge il servizio pubblico.

anche economici» e nei «*servizi pubblici essenziali di interesse nazionale*» – e degli interessi sottesi. L'interferenza, invero, può apparire come una situazione che – a livello concreto – si estrinseca in numerose *modalità di condotta* già costituenti reato, e che – in astratto, a livello di descrizione del tipo – presenta, altresì, forti *affinità strutturali* con diverse condotte offensive di beni giuridici eterogenei.

Ma non potremo fare ciò senza dapprima individuare il *bene giuridico tutelato* dalla fattispecie di associazione segreta, con riferimento al quale si sono registrate opinioni divergenti: l'una che la esalta, conferendole uno stato di "gigantismo", l'altra, invece, che la limita in una dimensione più modesta, quasi ordinaria, circoscrivendola alla repressione di fatti ricorrenti o che, comunque, presentano una maggiore facilità di realizzazione.

1.3. Né, infine, si potrà tralasciare qualsiasi riferimento alla vicenda che ha dato origine alla legge Anselmi, che sembra aver influenzato l'individuazione dell'interesse tutelato e così, inevitabilmente, l'interpretazione della legge penale. Ogni discorso giuridico sulle associazioni segrete, infatti, non può prescindere – seppur con gli apprezzabili limiti che indicheremo – dall'influsso che la vicenda della P2 ha sicuramente avuto sull'introduzione del reato di associazione segreta e sulla formulazione della relativa fattispecie[16].

Nel nostro ordinamento, del resto, sono rari i casi in cui un *evento storico* – non un fenomeno criminale (come, ad esempio, la mafia o il terrorismo) – si sia posto in termini così strettamente causali rispetto all'emanazione di una legge incriminatrice, tanto da costituirne la ragione giustificativa[17] – si è parlato di "*legge ad societatem*"[18] –; pertanto

[16] Secondo G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 156, l'espressione "interferenza" è stata «chiaramente dettata sotto la suggestione della vicenda della P2».

[17] A. SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, in *Crit. pen.*, 1982, 1, parla di «una vera e propria legge di indirizzo politico» (p. 24, nt. 24), nonché di «una vera e propria legge-provvedimento», «che nella pratica parlamentare si dice manchi soltanto del nome e del cognome dei destinatari» (p. 26, n. 25). P. IANNACCONE, *Interventi*, in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, Atti della Tavola

essa rappresenta un esempio classico, se non addirittura il prototipo, della c.d. "legislazione penale d'emergenza"[19].

Si è trattato, infatti, di una vicenda che destò un elevatissimo allarme sociale[20] – ci troviamo alla fine di un periodo tragico per il nostro Paese (sono gli anni cc.dd. "di piombo" o della "strategia della tensione") – e che determinò un vero e proprio *tsunami* nell'ordinamento giuridico italiano a livello istituzionale, legislativo e giudiziario[21].

---

rotonda promossa dall'Istituto Internazionale di Studi Giuridici, Roma 27 ottobre 1981, Roma, Istituto per la documentazione e gli studi legislativi, 1982, p. 29, l'ha definita una legge «storicamente motivata», perché parte da un fenomeno per universalizzarlo; G. SIGNORELLI, *Stato democratico e società segrete*, cit., p. 84, parla invece di «fattispecie fotocopia».

[18] A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., p. 125. Formula poi ripresa dalla *Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie* nella *Relazione sulle infiltrazioni di cosa nostra e della 'ndrangheta nella massoneria in Sicilia e Calabria* del 21 dicembre 2017, a firma dell'On. R. Bindi (Doc. XXIII, n. 33, XVII Legislatura, Camera dei Deputati – Senato della Repubblica, p. 66).

[19] In quanto fondata su un determinato accadimento da cui ha tratto la sua ragion d'essere, la legge Anselmi può essere definita una "legge storica", il che testimonia come la storia giuridica di un paese si componga anche di singoli eventi.

[20] Per una ricostruzione sintetica degli aspetti giuridici della vicenda sino alla fine del 1981 si veda A. SCAVONE, *La vicenda della c.d. loggia P2*, cit., p. 1722 ss. Sempre da A. SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., p. 25, nt. 24, ho evinto che sul caso P2 e sul comportamento delle autorità italiane si interessò anche la *Fédération International des Droits de l'Homme*, che dal 18 al 26 ottobre 1981 compì in Italia una indagine conoscitiva concludendo che «Si è trattato di un atto inconsulto, grave e pericoloso che rimette in discussione tutta la prassi democratica in Italia» (il testo del rapporto è stato pubblicato soltanto dal *Giornale d'Italia* del 14 marzo 1982).

[21] I primissimi anni 80 sono costellati di interventi legislativi emergenziali. Nell'aprile del 1981 entrò in vigore il "*Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della Pubblica sicurezza*" di cui alla L. 1 aprile 1981, n. 121 (cfr. V. ROGNONI, *Il nuovo ordinamento dell'Amministrazione della Pubblica sicurezza*, in *Il Parlamento italiano. 1861-1992*, Vol. XXIII, *1979-1983. La presidenza Pertini e il pentapartito. I problemi istituzionali e l'integrazione dell'Italia in Europa*, Milano, Istituto Europeo di Cultura Storica, Politica e Istitutzionale S.p.A., 1993, pp. 27-28). Nel settembre del 1982 fu introdotto nel Codice penale l'art. 416-*bis* con L. 13 settembre 1982, n. 646, promulgata a seguito degli omicidi del politico e sindacalista Pio La Torre (30 aprile 1982) e del Generale e Prefetto di Palermo Carlo Alberto dalla Chiesa (3 settembre 1982); la medesima legge istituì una «commissione parlamentare sul fenomeno della

A *livello istituzionale*, vennero immediatamente istituite ben *due commissioni di inchiesta*, a distanza di pochi mesi l'una dall'altra: il *Comitato amministrativo di inchiesta*, anche detto dei "tre saggi", composto dai Proff. Aldo Sandulli, Vezio Crisafulli e Lionello Levi Sandri, istituito il 7 maggio 1981[22], e la più nota *Commissione*

mafia» (art. 32 ss.) (cfr. U. ROSSI MERIGHI, *La Commissione parlamentare sul fenomeno della mafia*, in *Il Parlamento italiano. 1861-1992*, cit., pp. 31-32). Nello stesso anno entrò in vigore la L. 29 maggio 1982, n. 304, recante "*Misure per la difesa dell'ordine democratico*" (cfr. U. ROSSI MERIGHI, *Le misure per la difesa dell'ordine democratico*, in *Il Parlamento italiano. 1861-1992*, cit., pp. 29-30). Per uno schizzo sulla situazione politica interna italiana di quel periodo si vedano: A. GISMONDI, *L'VIII Legislatura e l'avanzata dei partiti nelle strutture pubbliche*, in *Il Parlamento italiano. 1861-1992*, cit., p. 53 ss.; G. GALASSO, *La rottura della continuità democristiana e il governo Spadolini*, ivi, p. 111 ss. Risale, invece, al periodo degli anni di piombo il Disegno di legge recante "*Inchiesta parlamentare su organizzazioni, associazioni e raggruppamenti aventi scopi politici anticostituzionali*" (S. 2137, VI Legislatura – Senato della Repubblica), comunicato alla Presidenza il 28 maggio 1975, finalizzato all'istituzione di una Commissione parlamentare d'inchiesta «sulle associazioni, sulle organizzazioni e sui raggruppamenti che svolgano attività contraria alle norme costituzionali ovvero alle leggi penali ed in particolare che pratichino o propagandino la violenza ovvero ispirino la propria organizzazione interna o le forme esteriori della propria attività a modelli militari o paramilitari» (art. 1) (devo la scoperta di questo documento a C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1162, nt. 2).

[22] Con Decreto dell'allora Presidente del Consiglio dei ministri Arnaldo Forlani (pubblicato in Gazz. Uff., 11 maggio 1981, n. 127), avente «*il compito di accertare se concorrano i presupposti di fatto e di diritto per ritenere che la cosiddetta loggia "P2", sia da configurare come associazione segreta, vietata in quanto tale dall'art. 18 della Costituzione*» (art. 2). Il Comitato rassegnò le proprie conclusioni nella Relazione del 13 giugno 1981 (pubblicata in *Foro it.*, 1981, Vol. 104, Parte III, c. 400 ss., e, insieme al decreto di istituzione, in: *Giur. cost.*, 1981, I, p. 1727 ss.; L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 198 ss.), dichiarando che la P2 era una associazione segreta vietata dall'art. 18 Cost., ma manifestò perplessità in ordine alle misure adottabili, suggerendo l'intervento del Consiglio di Stato, che nel giugno del 1981 rese il proprio parere sulla vigenza dell'art. 212 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza di cui al R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (Cons. Stato, Sez. I, parere 24 giugno 1981, n. 1083, pubblicato in: *Foro it.*, 1981, Vol. 104, Parte III, c. 397 ss.; *Giur. cost.*, 1981, I, p. 1750 ss.; L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 227 ss.; AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit. p. 41 ss.). Seguirono

parlamentare di inchiesta sulla Loggia massonica P2, costituita nel dicembre dello stesso anno[23].

immediatamente la Circolare a tutti i ministri n. S/P 510/205 del 25 giugno 1981, emessa dal Presidente Arnaldo Forlani, e la Circolare a tutti i ministri n. 27744/10.3.1 del 6 luglio 1981, avente ad oggetto «*Associazioni segrete. Art. 212 r.d. 18 giugno 1931 n. 773*», emessa dal nuovo Presidente del governo Giovanni Spadolini (entrambe pubblicate in *Foro it.*, 1981, Vol. 104, Parte III, cc. 399-400). Sulla Relazione del "Comitato dei tre saggi" si espresse criticamente M.S. GIANNINI, *Circa talune pronunce amministrative concernenti la Loggia P2*, in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., p. 51 ss., in un parere *pro veritate* da utilizzarsi nelle sedi giurisdizionali per la difesa di presunti appartenenti alla P2 (cfr. anche ID., *Associazioni segrete e gruppi di potere*, cit., p. 1756 ss.).

[23] Su Proposta di legge d'iniziativa dei Deputati Fracchia, Cecchi, Chiovini e Pochetti, presentata alla Camera dei deputati il 2 giugno 1981 (C. 2632, VIII Legislatura – Camera dei Deputati) (cfr. il *Resoconto stenografico* della 303ª seduta pubblica di mercoledì 5 agosto 1981, VIII Legislatura – Senato della Repubblica, in cui si discusse della istituzione della Commissione), fu emanata la L. 23 settembre 1981, n. 527, «*per accertare l'origine, la natura, l'organizzazione e la consistenza dell'associazione massonica denominata Loggia P2, le finalità perseguite, le attività svolte, i mezzi impiegati per lo svolgimento di dette attività e per la penetrazione negli apparati pubblici e in quelli di interesse pubblico, gli eventuali collegamenti interni ed internazionali, le influenze tentate o esercitate sullo svolgimento di funzioni pubbliche, di interesse pubblico e di attività comunque rilevanti per l'interesse della collettività, nonché le eventuali deviazioni dall'esercizio delle competenze istituzionali di organi dello Stato, di enti pubblici e di enti sottoposti al controllo dello Stato*» (art. 1). Alla Commissione fu conferito il potere di procedere «*alle indagini e agli esami con gli stessi poteri dell'autorità giudiziaria*» (art. 2), di «*richiedere copia di atti e documenti relativi ad istruttorie o inchieste in corso presso l'autorità giudiziaria o altri organi inquirenti*» (art. 4), e di «*disporre dell'opera e della collaborazione di agenti ed ufficiali di polizia giudiziaria, nonché di qualsiasi altro pubblico dipendente, e di esperti*» (art. 5). La Commissione fu ufficialmente istituita il 9 dicembre 1981, tenne 42 sedute (dal 12 agosto 1983 al 10 luglio 1984) e fu sciolta il 15 luglio 1984. I componenti (20 senatori e 20 deputati), nominati il 12 agosto 1983, furono: T. Anselmi (DC, Presidente), S. Andò (PSI, Vice Presidente), R. Ricci (PCI, Vice Presidente), G. Mora (DC, Segretario), A. Rizzo (Sin. Ind., Segretario); *senatori*: A. Bastianini (Misto, dal 5 ottobre 1983 PLI), N. Battello (PCI), L. Covatta (PSI), G. Covi (PRI), G. De Cinque (DC, sostituito in data 3 novembre 1983 da C. Beorchia, DC), S. Fallucchi (DC), S. Flamigni (PCI), E. Fontana (DC), L. Giugni (PSI), B. Giust (DC), M. Ianni (DC), L. Melandri (DC), P. Padula (DC), F. Pintus (Sin. Ind.), G. Pisanò (MSI-DN), R. Ruffilli (DC), R. Spano (PSI), D. Valori (PCI, deceduto il 20 marzo 1984, sostituito in data 12 aprile 1984 da E. Graziani, PCI), G. Vitale (PCI); *deputati*: L. Armellin (DC, sostituito in data 1 febbraio 1984 da P.M. Angelini, DC), A. Battaglia (PRI), A. Bellocchio (PCI), F.

A *livello legislativo*, dopo meno di un anno dalla scoperta dell'esistenza della Loggia P2, fu emanata la *L. n. 17 del 1982*, che dichiarò quest'ultima "segreta"[24], provvedendo al suo scioglimento (art. 5: «*L'associazione segreta denominata "Loggia P2" è disciolta*»).

A *livello giudiziario*, infine, scaturirono diversi *procedimenti penali*, durati sino alla fine degli anni Novanta, tra cui i più importanti sono quelli avviati, nei primi anni Ottanta, dall'autorità giudiziaria romana a carico di Licio Gelli e di alcuni affiliati della P2[25], considerati

Berselli (MSI-DN, sostituito in data 13 settembre 1983 da A. Matteoli, MSI-DN), F. Crucianelli (PCI), S. Formica (PSI), E. Gabbuggiani (PCI), A. Garocchio (DC), A. Ghinami (PSDI), S. Mattarella (DC), A. Occhetto (PCI), C. Petruccioli (PCI), M. Teodori (PR), G. Tesini (DC), F. Trabacchi Felice (PCI), A. Ventre (DC), B. Vincenzi (DC). La Commissione rassegnò le proprie conclusioni nella *Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2*, a firma della Presidente On. Tina Anselmi, comunicata alle Presidenze delle Camere il 12 luglio 1984 (IX Legislatura, Camera dei deputati – Senato della Repubblica, Doc. XXIII, n. 2, Roma, 1984), cui si aggiunsero le *Relazioni di minoranza* dell'On. M. Teodori (Doc. XXIII, n. 2-*bis*/1), dell'On. G. Pisanò (Doc. XXIII, n. 2-*bis*/2), dell'On. A. Matteoli (Doc. XXIII, n. 2-*bis*/3), dell'On. A. Ghinami (Doc. XXIII, n. 2-*bis*/4), dell'On. A. Bastianini (Doc. XXIII, n. 2-*bis*/5).

[24] La segretezza – e, quindi, il contrasto con l'art. 18 cpv. Cost. – era stata già dichiarata dal "Comitato dei tre saggi".

[25] Il *primo* di essi, avviato dal p.m. A. Gallucci, si concluse con la sentenza del Tribunale di Roma del 17 marzo 1983 (giud. istr. E. Cudillo), pubblicata in *Quest. Giust.*, 1984, 2, p. 447 ss., che assolse per svariati motivi (morte di alcuni imputati, mancanza di elementi a carico, estraneità ai fatti) quasi tutti gli imputati (tra cui Licio Gelli) da numerosi reati, tra cui quello di "cospirazione politica mediante associazione" di cui all'art. 305 C.p., in relazione agli artt. 256 (*Procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato*), 257 (*Spionaggio politico o militare*), 258 (*Spionaggio di notizie di cui è stata vietata la divulgazione*) e 416 (*Associazione per delinquere*) C.p. (la documentazione del giudizio di primo grado è raccolta nel volume della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla P2 Doc. XXIII, n. 2-*quater*/3/V, *Allegati alla relazione*, *Serie II: Documentazione raccolta dalla Commissione*, Vol. III, Tomo V, Parte III, Roma, 1985, p. 343 ss., e p. 510 ss. per la sentenza citata); la sentenza venne poi confermata dalla Corte d'appello di Roma con sentenza del 26 marzo 1985. Questo primo procedimento è ricordato anche per la controversa riunione presso la Procura di Roma con altri procedimenti a carico di Licio Gelli, pendenti presso quest'ultimo ufficio e le Procure di Milano e Brescia, su cui si pronunciò anche la Cassazione penale (Sez. fer., 2 settembre 1981) a seguito del conflitto di competenza sollevato dal Procuratore della Repubblica di Roma (la sentenza è pubblicata e commentata in *Foro it.*, 1982, Vol. 105, Parte II, c. 1 ss., ove è riportata

appartenenti ad una associazione criminale[26] (ovviamente non per il reato di associazione segreta stante il principio di irretroattività della legge penale)[27].

anche la requisitoria parzialmente difforme del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, e parzialmente pubblicata e commentata anche in *Quest. Giust.*, 1982, 4, p. 761 ss.; per la ricostruzione della vicenda giudiziaria v. A. SCAVONE, *La vicenda della c.d. loggia P2*, cit., p. 1722 ss.). Il *secondo procedimento*, avviato dal p.m. E.M. Cesqui (giud. istr. F. Monastero) per diversi reati, tra cui sempre quello di "cospirazione politica mediante associazione", si concluse con la sentenza della Corte d'Assise di Roma del 16 aprile 1994 (dep. 26 luglio 1994), che escluse quest'ultimo reato e condannò il Gelli (che, per motivi di estradizione, non era imputato del reato di cospirazione politica) per millantato credito, calunnia e procacciamento di notizie segrete; la sentenza fu confermata dalla Corte d'Assise d'appello con sentenza del 27 marzo 1996 (dep. 15 maggio 1996) e poi dalla Corte di cassazione con sentenza del 20 novembre 1996 (dep. 24 dicembre 1996), che dichiarò prescritti alcuni reati. Per l'eccessiva durata dell'intero procedimento penale, nel 1999 la Corte E.D.U. condannò l'Italia al risarcimento del danno morale di venti milioni di Lire in favore di Licio Gelli, per violazione dell'art. 6, co. 1, C.E.D.U (sentenza 19 ottobre 1999, *Gelli c. Italia*, Application no. 37752/97, dalla cui ricostruzione in fatto – "*as to the facts*" – ho reperito le informazioni concernenti tale procedimento penale).

[26] Come si legge nella requisitoria del p.m. A. Gallucci (vedi nt. precedente), «*per essersi – anche in tempi diversi – associati tra di loro e con altre persone da identificare (avendo assunto il Gelli il ruolo di promotore), al fine di consumare più delitti contro la personalità dello Stato, la Pubblica Amministrazione, l'Amministrazione della Giustizia, la fede pubblica, la libertà morale, il patrimonio, le leggi valutarie e quelle per il controllo delle armi*», ciò «*avvalendosi della posizione di potere acquisito attraverso tale sistema; ottenendo dati informativi e documenti contenenti notizie riservate o segrete e di essi servendosi (a volte con atteggiamenti di minaccia e manipolando maliziosamente fatti ed episodi) per influire nella formazione di negozi giuridici sia pubblici che privati ed altresì per costringere altri a fare, tollerare ed omettere atti che avrebbero potuto essere pregiudizievoli all'associazione criminosa sopra detta*». Ma il nome di Gelli e di altri piduisti compariranno in altre vicende giudiziarie e in diverse sentenze, senza che però sia stato possibile accertare un nesso tra il loro coinvolgimento in qualità di affiliati alla Loggia P2 e la commissione dei reati. Si ricorda, in particolare, la strage di Bologna del 2 agosto 1980 [le numerose sentenze emesse con riferimento a questa tragica vicenda, l'ultima delle quali delle Sezioni Unite della Cassazione penale del 23 novembre 1995 (dep. 23 febbraio 1996), n. 21, sono consultabili sul sito *www.stragi.it*, tenuto a cura della "Associazione tra i Familiari delle Vittime della Strage della Stazione di Bologna del 2 Agosto 1980"]. Per l'indicazione delle altre condanne del Gelli si veda G. SCARPARI, *Un ricordo di Licio Gelli*, 31 gennaio 2016, in *www.ilponterivista.com*. Dalla sentenza della Cassazione che si pronunciò sulla controversa riunione dei procedimenti presso la Procura di Roma nel 1981 (vedi nt. precedente) si apprende che, a seguito del sequestro della documentazione presso i

Ai fini della nostra analisi sarà necessario, pertanto, far riferimento alla vicenda della P2, perché è su quei fatti, su quella realtà, come scoperta e compresa, che il legislatore si è basato quando ha scolpito la fattispecie di associazione segreta nella legge del 1982. Prescindere da quella vicenda equivarrebbe a rendere incompleto ogni discorso giuridico sul reato in questione – e sull'intera legge sulle associazioni segrete –, anche in un'ottica di riforma.

1.4. A fronte di una vasta letteratura storica sull'argomento[28], siamo stati costretti a limitare le fonti di ricerca *primarie* alle sole conclusioni rassegnate dalla Commissione parlamentare d'inchiesta nelle relazioni di maggioranza e di minoranza, a seguito di un'indagine durata circa tre anni[29], che ha prodotto quasi centomila pagine di documentazione[30]; quanto, invece, alle fonti di ricerca *secondarie* ci siamo affidati allo scritto di uno dei più noti politologi italiani, Giorgio Galli, esperto della vicenda della P2 e della fase storica e

locali di Castiglion Fibocchi, la Procura di Milano avviò ben otto procedimenti collegati in vario modo all'attività di Licio Gelli quale componente della Loggia P2 (cfr. *Foro it.*, cit., cc. 5 e 6).

[27] Si discusse in proposito se fosse applicabile l'art. 212 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza del 1931 (cfr. Cons. Stato, Sez. I, parere 24 giugno 1981, n. 1083, cit., e la Relazione del "Comitato dei tre saggi").

[28] Per quella giuridica, molto più ristretta (anche rispetto alla letteratura relativa ad altri fenomeni associativi criminali come la mafia), rinviamo alla bibliografia indicata alla fine di questo scritto.

[29] La Commissione fu istituita nel settembre del 1981 e la Relaziona conclusiva è datata luglio 1984. Il termine di ultimazione dei lavori fu prorogato per ben quattro volte (L. 4 giugno 1982, n. 342; L. 28 febbraio 1983, n. 57; L. 1 ottobre 1983, n. 522; L. 6 aprile 1984, n. 59).

[30] La documentazione relativa all'inchiesta sulla P2 è oggi liberamente consultabile sul sito *http://www.fontitaliarepubblicana.it/DocTrace/#home?q=%20projectid:6&page=1&per_page=10*.

politica in cui si è inserita[31], utile per acquisire una prospettiva alternativa e non giuridica[32].

Tuttavia occorre riflettere, nonostante la vastità del materiale esistente, su alcuni dati di carattere *gnoseologico*, che ci sembrano fondamentali perché non consentono di attribuire alla vicenda P2 un peso decisivo ai fini della interpretazione della legge incriminatrice.

Innanzitutto, si tratta di una vicenda che, come molti riconoscono, presenta ancora oggi numerosi lati oscuri – e forse rimarranno tali –, e che, come tanti eventi storici, è stata e continua ad essere oggetto di ricostruzioni alternative e di interpretazioni differenti, a volte del tutto contrapposte, a dimostrazione del diverso grado di percezione e comprensione del fenomeno. A seconda dei punti di vista, infatti, quest'ultimo si presta ad essere sopravvalutato o sottovalutato e ciò è attestato chiaramente dalle relazioni di maggioranza e di minoranza della Commissione parlamentare di inchiesta[33].

Il secondo luogo, la legge sulle associazioni segrete fu emanata anni prima che la medesima Commissione parlamentare rassegnasse le proprie conclusioni, quando il fenomeno della P2 non era stato ancora attentamente indagato e compreso, anche se, come detto, solo parzialmente; all'epoca dell'entrata in vigore della legge Anselmi esisteva soltanto la breve relazione del Comitato amministrativo dei "tre saggi", datata 13 giugno 1981.

Si aggiunga, infine, che allo stato attuale, almeno in Italia, mancano studi criminologici sull'associazionismo segreto e massonico di

[31] Ci riferiamo al libro *La venerabile trama. La vera storia di Licio Gelli e della P2*, Torino, Lindau, 2007, che contiene anche riferimenti a diversi scritti autorevoli sulla P2.

[32] Per una prospettiva sociologica e politica sulla P2 e sulla massoneria si vedano anche gli interessanti scritti raccolti in: M. RAMAT – G. D'ALEMA – S. RODOTÀ – L. BERLINGUER, *La resistibile ascesa della P2. Poteri occulti e Stato democratico*, cit.; AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda 2»*, cit.

[33] Si veda anche il parere di M.S. GIANNINI, *Associazioni segrete e gruppi di potere*, cit., p. 1764-1765, per il quale la vicenda P2 è stata solo un "caso politico" e non anche giuridico.

stampo moderno[34] – al contrario di quanto accade per altre forme di criminalità organizzata, come le mafie, le sette sataniche e le organizzazioni terroristiche[35] –; fattore che potrebbe rappresentare una delle cause che, unitamente alla non piena comprensione del fenomeno piduista, ha contribuito alla scarsa intellegibilità della fattispecie di associazione segreta. Senza con ciò voler asserire che la massoneria sia un'associazione criminale[36], ma solo che essa, per il modo in cui si è sviluppata e degenerata, può costituire un ambiente "criminogeno"[37].

[34] E. SPAGNA MUSSO, *Il problema costituzionale della massoneria*, cit., pp. 1363, rileva, al riguardo, che dall'entrata in vigore della Costituzione è «sostanzialmente mancato un dibattito culturale sotto il profilo storico-politico e tecnico-giuridico» su entrambi gli argomenti, fatto dovuto «ad una sorta di autocensura da parte degli studiosi o, all'inverso, ad una mancata presa di coscienza culturale del tema» o, probabilmente, a entrambi i fattori.

[35] Si veda, ad esempio, il volume *Nuove proposte di criminologia applicata* 2005, a cura di C. Serra, Milano, Giuffrè, 2005, che tratta di queste forme di criminalità (pp. 715 ss. e 763 ss.), ma non delle associazioni segrete o della massoneria.

[36] Respinse in modo netto tale prospettiva P. NUVOLONE negli interventi pubblicati in *Ind. pen.*, 1981, 2 (*Massoneria e norme penali*, p. 451 ss.; *Massoneria e associazioni segrete*, p. 453 ss.).

[37] E il costante interessamento del diritto per questa realtà, soprattutto nel secolo scorso, se non lo si vuole considerare un'infondata ossessione o il frutto di pregiudizi, costituisce un indice, anche se presuntivo, della sua pericolosità. Il tema è stato affrontato negli anni Novanta dalla *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari* (istituita con D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, in L. 7 agosto 1992, n. 356) nella *Relazione conclusiva* approvata il 18 febbraio 1994 (Doc. XXIII, n. 14, XI Legislatura, Camera dei Deputati – Senato della Repubblica), ed è tornato recentemente alla ribalta con l'inchiesta della *Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere* (istituita con L. 19 luglio 2013, n. 87), che ha rassegnato le proprie conclusioni nella *Relazione sulle infiltrazioni di cosa nostra e della 'ndrangheta nella massoneria in Sicilia e Calabria*, a firma della Relatrice On. Rosy Bindi, approvata il 21 dicembre 2017 (Doc. XXIII, n. 33, XVII Legislatura, Camera dei Deputati – Senato della Repubblica), seguita da una seconda e più corposa *Relazione conclusiva* del 7 febbraio 2018 (Doc. XIII, n. 38, XVII Legislatura, Camera dei Deputati – Senato della Repubblica), a seguito del rifiuto opposto dalla massoneria, per ragioni di *privacy*, alla divulgazione dei nominativi di coloro che, condannati o con procedimenti penali a carico per reati di criminalità organizzata di stampo mafioso, risultavano iscritti nelle liste di alcune logge sequestrate dalla

Mancherebbe, quindi, un sostrato empirico su cui fondare, *de jure condito*, lo studio della fattispecie di associazione segreta[38], e, *de jure condendo*, una riforma della disciplina sull'associazionismo segreto[39].

1.5. Nonostante l'impatto che la vicenda P2 ha avuto sul nostro ordinamento giuridico, il reato di associazione segreta è stato oggetto, tra l'altro, di scarsa considerazione da parte della *dottrina penalistica*[40] –

Commissione. Per riferirsi ai legami tra mafia e massoneria è stato coniata la parola "massomafia" (cfr. A. LECCESE, *Massomafia. Sui rapporti tra mafia e massoneria*, Roma, Castelvecchi, 2018).

[38] A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., p. 131, rileva «il pericolo dell'incontrollabilità della fattispecie in sede applicativa. Un rischio accentuato dal difetto di precedenti applicativi (in parte dipendente dal pesante condizionamento storico esercitato dal fenomeno della "P2", alla cui tipologia la disciplina in esame viene fatalmente associata), che proietta il tipo in una dimensione per certi versi tuttora "sperimentale", scevra da elementi di confronto e da punti di riferimento».

[39] La stretta relazione tra la costruzione legislativa del fatto tipico, l'esistenza di riferimenti empirici, gli studi criminologici e l'accertamento giudiziale, è messa in evidenza da G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*[7], Bologna, Zanichelli, 2018, pp. 194-195, per i quali, in «un diritto penale veramente rispettoso dei principi di legalità, materialità e tassatività», i modelli delittuosi dovrebbero ancorarsi «a tipi di comportamento basati […] su ben definite *tipologie empirico-criminologiche*», per cui «è auspicabile che il processo di selezione legislativa dei fatti punibili utilizzi il più possibile (e, comunque, in misura ben maggiore di quanto finora non avvenga) i dati offerti dalla ricerca criminologica in ordine alle caratteristiche, l'origine e l'evoluzione che i fatti da incriminare presentano nella realtà sociale».

[40] Rispetto alla congerie di lavori monografici dedicati a singoli reati, soprattutto quelli classici ed emblematici del nostro ordinamento, ci risulta solamente una monografia dedicata interamente al delitto in esame, ossia quella di M.G. GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete. Profili penali*, Padova, Cedam, 1990 (che è più un saggio, non superando il centinaio di pagine). Lo scritto di L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., analizza invece l'intera legge Anselmi (i profili penali sono trattati da p. 93 ss.), mentre quello di C.G. ROSSETTI, *L'attacco allo Stato di diritto. Le associazioni segrete e la Costituzione*, Napoli, Liguori, 1994, concerne il fenomeno mafioso e non continue alcun riferimento alla legge sulle associazioni segrete, ma solo qualche sporadico accenno alla vicenda della P2. Di sicuro rilievo è lo scritto di G. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. I, Torino, Utet, 1987, p. 316 ss. (che riprende quasi

pur se autorevolmente rappresentata –, limitatasi fino ad allora a brevissimi commenti sull'aggravante di cui all'art. 339 C.p. Decisamente più interessata all'argomento, ma senza eccessi, è stata invece la *dottrina pubblicistica*, in ragione delle naturali implicazioni con la libertà di associazione e con l'espressa previsione del divieto di associazioni segrete al secondo comma dell'art. 18 Cost.[41]. Si è assistito così ad una curiosa e reciproca "invasione di campo", che non ha prodotto i risultati sperati perché, da un lato, non ha favorito una migliore comprensione della legge incriminatrice, e, dall'altro, ha complicato il discorso sulla *ratio* del divieto costituzionale, sovrapponendo i piani di analisi e senza chiarire preliminarmente se il capoverso dell'art. 18 Cost. sia ancora efficace a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 17 del 1982. Chi affronta la tematica dell'associazionismo segreto si imbatte in queste complicazioni e nella difficoltà di strutturare logicamente un discorso giuridico.

Il dibattito sulle associazioni segrete – *pre* e *post* legge Anselmi[42] – si è incentrato, inoltre, quasi esclusivamente sul requisito della

pedissequamente il precedente lavoro *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 138 ss.), che costituisce l'unica voce enciclopedica dedicata al reato (quella di G. PIOLETTI, voce *Società (associazioni) segrete*, in *Nss. Dig. It.*, App. VII, Torino, Utet, 1987, p. 444 ss., riguarda, infatti, legge Anselmi nel suo complesso).

[41] Almeno fino alla vicenda P2, anche il divieto costituzionale è stato oggetto di scarso approfondimento da parte della dottrina, come rilevavano M.S. GIANNINI, *Circa talune pronunce amministrative concernenti la Loggia P2*, cit., p. 52, e G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, in *Quad. plur.*, 1983, 1, pp. 19 e 20, per il quale l'esiguità degli studi sarebbe stata dovuta, da un lato, all'ambiguità del formula "associazione segreta", e, dall'altro, alla «singolarità dello stesso dettato costituzionale», che, proibendo la segretezza in sé e per sé – «e dunque prescindendo dall'eventuale illiceità dell'azione dell'associazione stessa» – recava «uno sconcertante sapore di novità per i giuristi abituati a considerare la valutazione, nei termini di illiceità e liceità, con riferimento innanzitutto alle attività e ai fini che esse perseguono, non già con riguardo ai modi di essere (nel caso di specie, quello della segretezza) delle persone o dei gruppi che le attività svolgono»; per l'Autore, quindi, «In ragione di tutto ciò è possibile, forse, ipotizzare una sorta di rimozione e rifiuto psicologico dei giuristi, di fronte alla fattispecie normativa evocata dal costituente».

[42] Per una ricostruzione storico-giuridica della disciplina legale delle associazioni segrete dal 1800 alla legge Anselmi, anche in ottica comparata, si veda L. BARBIERA

segretezza[43], ossia sul *modo* di associarsi[44] – e non sull'*attività* e sul *fine* dell'associazione –, dando per assodato, come vedremo, che l'associazione segreta fosse in qualche modo pericolosa, per uno o per un altro interesse. Indugiandosi però sull'individuazione di quali e quanti elementi debbano essere coperti dal segreto, si è finito col trascurare l'elemento centrale attorno a cui ruota, allo stato attuale, l'*intera disciplina* dell'associazionismo segreto, ossia la «attività diretta ad interferire» sulle funzioni pubbliche[45], la cui prevenzione e repressione costituisce la *ratio* del divieto di associazioni segrete di cui alla legge Anselmi. Esso costituisce il requisito di fattispecie dal cui imprescindibile accertamento – che, ricordiamo, è rimesso al giudice penale[46] – la legge fa discendere sanzioni di natura amministrativa, disciplinare e penale. L'associazione è vietata non solo in quanto segreta, ma anche perché gli affiliati svolgono quella particolare attività. È il compimento della condotta di interferenza che, anche *in ottica penale*, consente di discernere ciò che è illecito da ciò che non lo è e accentua il carattere frammentario e di *extrema ratio* del diritto, non solo penale.

– G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 11 ss.

[43] Oltre che sulla classica dialettica tra individuo e Stato, tra libertà e autorità, per la cui analisi si rinvia, in particolare, a P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, cit., p. 238 ss.

[44] V. SICA, *Le associazioni nella Costituzione italiana*, Napoli, Jovene, 1957, p. 31, parla di fase della *formazione* dell'associazione. Rilevava G. ABBAMONTE, voce *Libertà costituzionali*, in *Enc. for.*, Milano, Vallardi, 1969, p. 314, che il limite della segretezza si riferisce alla «libertà di organizzazione» dell'associazione (diversamente dal limite della legge penale che si riferisce alla «libertà di associarsi»); così anche A. LISERRE, *Commento all'art. 1 l. 25 gennaio 1982, n. 17*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1982, 5, p. 1229.

[45] Così anche per G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 152.

[46] Ai sensi dell'art. 2, co. 2, ult. periodo, L. n. 17 del 1982, «*La competenza a giudicare è del tribunale*», ossia il tribunale penale in composizione monocratica; il primo comma del successivo art. 3 prevede inoltre che, solo dopo l'accertamento dell'esistenza dell'associazione segreta «*con sentenza irrevocabile*», l'autorità amministrativa (*id est* il Presidente del Consiglio dei Ministri) «*ne ordina con decreto lo scioglimento e dispone la confisca dei beni*».

2. *Introduzione*

2.1. Nell'immaginario collettivo delle società occidentali il prototipo dell'associazione segreta (o "società segreta")[47] è senza dubbio rappresentato dalla "massoneria"[48]. L'associazionismo segreto (o clandestino), tuttavia, è un fenomeno antropologico proprio di ogni civiltà, che risale lontano nel tempo e si è declinato in vari modi nel corso dei secoli. Come ogni altro fenomeno sociale, infatti, anche l'associazionismo segreto si è evoluto e ciò è variamente testimoniato.

Nel *Dizionario politico popolare* del 1851[49], ad esempio, si rinviene la seguente definizione di «*società secrete*», che dimostra come già all'epoca si fosse determinato un mutamento delle loro finalità: tali erano le «*unioni secrete di cospiratori contro un governo o contro un ordine di cose con uno scopo prefisso*», originatesi allorché «*una casta di popolo, quando un ordine d'idee trovasi oppresso, si sente in necessità di concentrare le proprie forze, di organizzarle, di rivolgerle ad uno scopo, e tutto ciò secretamente perché la casta tiranna o l'ordine oppressore di idee, forti della vittoria, della posizione acquistata*

[47] La locuzione "società segreta" è oramai in disuso nel linguaggio giuridico e politico italiano, e, come rilevava S. CASSARINO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 225, nt. 2, risulta anche improprio per il nostro ordinamento; l'Autore sottolineava anche la differenza rispetto alla c.d. "società occulta" di diritto commerciale. Il termine "società", infatti, si riferisce ad enti che assumono nella maggior parte dei casi la forma di associazione con fine di lucro, escluso invece (anche solo come fine preponderante) per le associazioni di cui agli artt. 14 ss. C.c. La locuzione continua invece ad essere utilizzata nel linguaggio anglosassone, dove si parla non di "*secret association*" ma di "*secret society*".

[48] Anche se, al giorno d'oggi, il grado di segretezza è relativo, almeno per le organizzazioni massoniche più importanti (come il Grand'Oriente d'Italia e la Gran Loggia d'Italia), di cui sono noti le sedi, i rappresentanti e gli statuti, sono editrici di libri e riviste e sono persino dotate di siti internet ufficiali e di profili sui *social network*, mentre maggiore riservatezza continua a serbarsi sugli affiliati e sulle reali finalità. Per una sintesi storica sulla massoneria, la cui letteratura è molto ampia, si rinvia a: G. GIARRIZZO, *Massoneria*, in *Enc. scienze sociali*, Vol. V, Roma, Treccani, 1996, p. 551 ss.; A.M. GHISALBERTI, *Massoneria*, in *Enc. it.*, Vol. XXII, Roma, Treccani, 1934, p. 535 ss.; M. JONES, *La massoneria*, in N. MACKENZIE (ed.), *The Secret Societies*, cit., p. 152 ss. Per una analisi più approfondita, pur se limitata al nostro Paese, si veda A.A. MOLA, *Storia della massoneria in Italia. Dal 1717 al 2018. Tre secoli di un Ordine iniziatico*, Milano, Bompiani, 2018.

[49] *Dizionario politico popolare*, cit., pp. 217-218.

e della normale organizzazione, solo che si accorgessero del lavoro delle società, le distruggerebbero». Le società segrete, tuttavia, «*erano un bisogno delle idee liberali nei tempi passati, ma non lo sono tanto oggidì*»; invero, «*mentre in passato le idee progressive erano in così povera minoranza che solo potevano lavorare sotterraneamente di mina*», attualmente quelle stesse idee hanno acquisito un tal «*numero di proseliti*» che le «*rivoluzioni oggi in Europa non sono più il prodotto dei concerti di società secrete, ma bensì il prodotto del lavoro delle idee nelle moltitudini. Le società secrete possono solo dirigere siffatto lavoro, organizzarlo, approntare il preventivo ed i piani della rivoluzione e darne il segnale*».

2.2. La realtà delle società segrete, vissute nel mito rivoluzionario della lotta contro il potere dispotico[50], andrà ben oltre la visione romantica dei compilatori del dizionario citato e le espressioni del culto, a volte ridicole, dell'esoterismo[51]. L'associazionismo segreto, infatti, assumerà in tutto il mondo una *connotazione negativa*[52] – si pensi

[50] In sede costituente, l'On. A. Carboni, condividendo il divieto di associazioni segrete, affermò che «Le associazioni segrete che furono necessarie e adempirono un'alta missione nei periodi di oppressioni, oggi non hanno più ragione di esistere» (seduta del 26 marzo 1946).

[51] M.S. GIANNINI, *Associazioni segrete e gruppi di potere*, cit., p. 1756 ss., rilevava che «Il mondo ha arricchito il quadro delle organizzazioni segrete con delle fattispecie che non sempre si possono qualificare come associative», anche se «possono concretarsi in figure associative», come i cartelli, le intese industriali e le intese commerciali, mentre per gli uffici segreti dei partiti e i servizi segreti degli Stati «siamo fuori delle fattispecie associative o sociali, e si entra in quel maggior àmbito del segreto nel mondo contemporaneo». Altri esempi di «gruppi di potere non palesi», che correvano il rischio di ricadere nel divieto penale della legge Anselmi, allora in fase di approvazione, sono riportati dall'Autore nello scritto *Una legge sbagliata per sciogliere la «Loggia P2»?*, in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., pp. 74-75,

[52] C. STOHL – M. STOHL, *Clandestine/Hidden Organizations*, in C.R. SCOTT – L. K. LEWIS (ed. by) *The International Encyclopedia of Organizational Communication*, Vol. I, Wiley Blackwell, 2017, p. 247 ss., rilevano come l'associazionismo segreto, che nel tempo ha assunto connotazioni negative come dimostrano le varie denominazioni assunte dalle entità che lo compongono (*underground organizations*, *secret societies*, *illicit* o *dark networks*, *enclaves, black markets*, *backstreet businesses*, *anonymous agencies*, *gangs*, *covert collectives*, *hidden organizations*, *shadow states*), a partire dall'inizio di questo secolo ha suscitato un dibattito a vari livelli per la notorietà di alcune di queste organizzazioni,

solo al "Ku Klux Klan" –, e, almeno in Italia, dopo la scoperta della P2, diventerà sinonimo di cospirazione o sovvertimento dell'ordine costituito, di collusione con i poteri dello Stato e di illecito perseguimento di interessi individuali a scapito del bene comune[53]. Per questo motivo al giorno d'oggi la massoneria è comunemente considerata un fenomeno moralmente riprovevole[54] o di cui occorre

anche grazie anche alle tecnologie digitali – come "Anonymous", "al-Qaeda" e l'"Isis" o quelle che si muovo nel c.d. "*dark web*" –, e che molta attenzione è stata dedicata agli aspetti e ai comportamenti delle organizzazioni che esistono all'interno delle sfere e degli apparati governativi, come l'F.B.I. (*Federal Bureau of Investigation*) e la N.S.A. (*National Security Agency*) negli Stati Uniti, e la GCHD (*Government Communications Headquarters*) nel Regno Unito. Ai nostri giorni si pensi alla comunità di "Anonymous", responsabile di attacchi di hackeraggio, da considerare senza dubbio un'associazione segreta nonostante se ne conosca la denominazione (si veda al riguardo B.B. KELLY, *Investing in a centralized cybersecurity infrastructure: why "hacktivism" can and should influence cybersecurity reform*, in *Boston University Law Review*, Vol. 92, 2012, p. 1663 ss.). Sulla rilevanza per l'art. 18 Cost. delle associazioni xenofobe online, per il loro carattere di segretezza e di illiceità penale, si veda S. SASSI, *La libertà di associazione nel "nuovo ecosistema mediatico": spunti problematici sull'applicazione dell'art. 18 della Costituzione. Il (recente) caso dell'associazione xenofoba on-line*, in *Rivista AIC*, 2013, 2, p. 1 ss. Per la possibilità di estendere la regolamentazione della libertà di associazione (compresi i divieti) alle «comunità "virtuali"» dei *forum* e dei *social network*, cfr. V. DE SANTIS, *Il divieto di istituire associazioni segrete. Obblighi di trasparenza dei dipendenti pubblici e tutela del pluralismo associativo*, cit., p. 39 ss.

[53] È interessante notare che il Guardasigilli del regime fascista, Alfredo Rocco, nel presentare alla Camera il disegno di legge contro le associazioni segrete nel maggio del 1925 (v. *infra* nel testo), qualunque fosse la reale finalità di tale provvedimento, dichiarò proprio che la forza della massoneria «non è nelle idealità che possono animare i suoi seguaci, se ve ne sono, ma nell'utile che essa può dare o che si ritiene essa possa dare. Ora, se non è facile combattere uomini che lottano per un grande ideale, è facilissimo combattere con uomini che lottano per interessi». Di particolare interesse, seppur datato, è lo scritto del giudice americano H.D. CLAYTON dal titolo *Usurpation of Governmental Functions by Secret Societies*, in *American Bar Association Journal*, Vol. 8, No. 10, 1922, p. 626 ss., il quale si scagliò contro la pretesa delle associazioni segrete di amministrare la giustizia al posto delle pubbliche autorità a ciò deputate.

[54] Il Presidente Spadolini, sotto la cui presidenza venne emanata la legge Anselmi, nelle *Dichiarazioni programmatiche del Governo* pronunciate al Senato nella seduta del 7 luglio 1981, parlò di "emergenza morale", che si riassumeva, «di fronte a un'opinione pubblica turbata e disorientata, nell'esigenza prioritaria di far luce su tutta la vicenda della P2, sottraendosi ad ogni tentazione di caccia alle streghe, ma

comunque sospettare, nonostante l'etica massonica pretenda di fondarsi sulla triade rivoluzionaria, di reminiscenza d'oltralpe, della «libertà, uguaglianza e fraternità»[55].

Il Comitato amministrativo d'inchiesta "dei tre saggi", nominato all'indomani della scoperta della P2, sintetizzava nel seguente modo i rischi dell'operare di una associazione segreta: «*Una associazione occulta può diventare – è stato avvertito da più parti – uno Stato nello Stato. E questo non può essere consentito nell'ordine democratico. Penetrando copertamente nei gangli vitali delle istituzioni e della società, una associazione occulta potrebbe, in ipotesi, ignorata da tutti, non soltanto contribuire a snaturare il sistema rappresentativo della Repubblica attraverso l'adozione delle scelte e l'influenza sulle scelte ad opera di sedi sconosciute e impenetrabili. Essa potrebbe altresì far deviare quegli organi pubblici (magistratura, amministrazione) che non hanno base rappresentativa e non dispongono di potere di scelta politica, e appunto in considerazione di ciò sono tenuti, in base ad espressi precetti della Costituzione (art. 97, 98, 100, 101 ss.), a fare puntuale applicazione delle scelte adottate (prima di tutto attraverso le leggi) nelle sedi del potere politico e ad osservare l'imparzialità nell'esercizio delle rispettive attribuzioni, e, nella pubblica amministrazione, anche la lealtà nell'esecuzione delle direttive e degli ordini. Né può essere taciuta la nefasta azione che i centri di influenza occulti potrebbero essere in grado di esercitare in tutta la società civile condizionando (anche al di fuori dei pubblici poteri) le attività economiche, l'informazione, la vita dei partiti e dei sindacati, ecc.*»[56].

assumendosi consapevolmente tutte le responsabilità che competono all'esecutivo, nel rigoroso e conseguente rispetto della Costituzione» (dal *Resoconto stenografico*, n. 344, Seduta di martedì 7 luglio 1981, VIII Legislatura – Discussioni – Camera dei Deputati, p. 30738 ss.). Si pensi anche che, a livello religioso, l'appartenenza ad associazioni massoniche o similari è considerata un "peccato grave" che comporta la scomunica: cfr. le dichiarazioni della *Congregazione per la Dottrina della Fede* del 17 febbraio 1981 (*Dichiarazione circa l'appartenenza dei cattolici ad associazioni massoniche*) e del 26 novembre 1983 (*Dichiarazione sulla massoneria*); sul tema si veda J.P. DE JORIO, *La disciplina canonica in materia di società segrete ed associazioni condannate e la sua evoluzione nel corso del XX secolo: il peculiare caso dell'*"Independent Order of the Good Templars*" nella Indie Orientali*, in *questa Rivista*, 2019, 1, p. 103 ss.

[55] Per convincersi di ciò basta consultare le costituzioni delle più importanti logge massoniche italiane e straniere, infarcite di richiami al dovere, alla responsabilità, all'amore fraterno, alla verità, al progresso dell'umanità, ecc.

[56] *Relazione del comitato amministrativo di inchiesta*, cit., punto V, par. 25.

Il mondo del diritto, pertanto, non poteva disinteressarsi di questa realtà che, tradizionale oggetto di studio dell'antropologia e della sociologia, è divenuta materia anche della legislazione e della scienza giuridica, nazionale e straniera[57].

[57] Ad esempio, nel Settecento, in Gran Bretagna furono emanati il *Unlawful Oaths Act* del 1797 – in vigore per quasi due secoli essendo stato abrogato dallo *Statute Law (Repeals) Act* del 1981 – e il *Unlawful Societies Act* del 1799 – anch'esso rimasto in vigore per più di un secolo sino all'abrogazione ad opera del *Criminal Law Act* del 1967 [Part III, Schedule 4 – *Repeals (obsolete crimes)*] –. Nell'Ottocento, in Italia, le società segrete erano punite a vario titolo: nel *Codice dei delitti e delle gravi trasgressioni politiche pel Regno Lombardo-Veneto* del 1815 (§§ 52 e 56 della Parte prima "*Dei delitti*"; § 37 ss. della Parte seconda "*Delle gravi trasgressioni politiche e del procedimento relativo alle medesime*"); nel *Codice penale del Gran Ducato di Toscana* del 1853 (art. 211 ss.); nel *Codice per lo Regno delle due Sicilie* del 1819 (art. 309 della Parte seconda "*Leggi penali*"); nel *Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla* del 1820 (Appendice al capo 7°, titolo 3°, libro 2°, parte 1°); nel *Regolamento sui delitti e sulle pene dello Stato Pontificio* del 1932 (art. 97 ss.); nel *Codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna* del 1839 (art. 487 ss.); nel *Codice penale del Gran Ducato di Toscana* del 1853 (art. 211 ss.) (cfr., sul punto, G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 16 ss.). Nello stesso secolo, nell'Impero Austriaco le società segrete erano punite ai sensi del *Codice penale dei crimini, dei delitti e delle contravvenzioni* del 1852 (§§ 58, 278, 285 ss.), e in Irlanda furono emanati nell'ordine: il *Unlawful Oaths Act* del 1810; il *Unlawful Oaths (Ireladn) Act* del 1823; il *Unlawful Societas (Ireland) Act* del 1839, che estese le previsioni dei precedenti provvedimenti (cfr. K. HUGHES – D.M. MACRAILD, *Ribbon Societies in Nineteenth-Century Ireland and Its Diaspora. The persistence of tradition*, Liverpool University Press, 2018, p. 152 ss., nt. 141); un secolo dopo, nel 1939, è stato introdotto l'*Offences against the State Act* che prevede il reato di "*Secret societies in army or police*" (Part II, Section 16), consistente nell'organizzare e nel partecipare a vario titolo ad associazioni segrete composte o che includono componenti delle forze militari o di polizia («*Every person who shall form, organise, promote, or maintain any secret society amongst or consisting of or including members of any military or police force lawfully maintained by the Government*»). In Brasile, la regolamentazione delle associazioni segrete fu contenuta dapprima nella *Alvará de 30 de Março de 1818* e poi nella *Lei de 20 de Outubro de 1823*, che abrogava la prima, emanata circa un anno dopo la dichiarazione d'indipendenza del paese (7 settembre 1822) e all'incirca un anno prima dell'entrata in vigore della carta costituzionale del 1824 (la *Carta de lei de 25 de 25 março de 1824*, che non prevedeva il divieto in parola, come non è previsto nell'attuale Costituzione del 1988). In Francia le società segrete furono inizialmente vietate ai sensi dall'art. 13 del *décret* del 28 luglio 1848 (come apprendiamo da P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, cit., p. 244), e poi nel Novecento dalla *Loi du 12 août 1940*, recante

3. *Associazionismo segreto e diritto. L'art. 18 Cost., la L. 26 novembre 1925, n. 2029 contro la massoneria, l'aggravante dell'art. 339 C.p. e la L. 25 gennaio 1982, n. 17 sulle «associazioni segrete» quale prototipo della c.d. "legislazione d'emergenza"*

3.1. La realtà proteiforme delle associazioni segrete, tuttavia, è probabilmente uno dei motivi che hanno reso difficoltosa la regolamentazione giuridica del fenomeno[58]. Dietro di essa, infatti, si

"*Interdiction des associations secrètes. Séquestre des biens, liquidation*" (consultabile in L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 184 ss.), che verrà abrogata dopo la caduta del c.d. "governo di Vichy" (1944) (per alcuni riferimenti bibliografici v. C. CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Vol. II, Padova, Cedam, 1985, p. 187). Nella Repubblica portoghese del dittatore António de Oliveira Salazar fu emanata la *Lei n.° 1901, de 21 de Maio de 1935* sulle *associações secretas*, poi abrogata alla fine del periodo salazarista con il Decreto-Lei n.º 594/74, de 7 de Novembro (art. 18°). Nella Spagna degli anni Trenta del secolo scorso, invece, il divieto di segretezza era implicito nella previsione di cui all'art. 39 della Costituzione allora in vigore, che prevedeva l'obbligo per le associazioni di iscriversi nell'apposito "*Registro público*" («*Los Sindicatos y Asociaciones están obligados a inscribirse en el Registro público correspondiente, con arreglo a la ley*»). In Germania il § 128 dello *Strafgesetzbuch* recante il reato di *Geheimbündelei*, abrogato nel 1968, per la partecipazione ad una unione (*Verbindung*) la cui esistenza, struttura o finalità (*Dasein, Verfassung oder Zweck*) era tenuta segreta ovvero in cui era promessa obbedienza (*Gehorsam*), anche incondizionata (*unbedingter Gehorsam*), nei confronti di un superiore sconosciuto (*unbekannte Obere*), comminava la pena della reclusione fino a sei mesi per i partecipanti e della reclusione fino ad un anno per i fondatori e i dirigenti (per l'evoluzione del reato si veda A. MELONCELLI, *Società segrete*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Atti del convegno nazionale, Roma 26-28 ottobre 1981, Padova, Cedam, 1983, p. 207 ss.). Per ulteriori esempi di normative straniere non più in vigore cfr.: S. CASSARINO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 226, nt. 3; G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 38, nt. 23. Per la comparazione con il sistema costituzionale tedesco, in cui non è previsto il divieto in parola, si veda A. MELONCELLI, *Società segrete*, cit., p. 204 ss.; ID., L*a disciplina generale delle associazioni anticostituzionali nella Repubblica federale di Germania*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1982, p. 151 ss.

[58] U. DE SIERVO, voce *Associazione (libertà di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Vol. I, Torino, Utet, 1987, p. 499, individua un'altra forma pericolosa di manifestazione dell'associazionismo che farebbe emergere la gravità della «permanente carenza di una legislazione civilistica sulle persone giuridiche private che sia adeguata ai nuovi

cela sempre il rischio di violare uno dei diritti fondamentali dell'individuo, la *libertà di associazione*, riconosciuta da tutte le Costituzioni dei paesi democratici e dalle più importanti carte dei diritti umani[59]. Il discorso giuridico sulle associazioni segrete, dunque, si inquadra a pieno titolo nella "teoria dei diritti fondamentali" e, in modo specifico, nella teoria particolare della "libertà di associazione".

Considerabile come espressione dell'inviolabilità dell'uomo che si manifesta «*nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*» (art. 2 Cost.) e del principio democratico che informa la nostra Repubblica[60], nonché strettamente legata alla libera manifestazione del pensiero (art.

valori costituzionali ed alle grandi responsabilità assunte dall'associazionismo». Secondo l'Autore, infatti, «c'è da registrare, proprio in conseguenza del venir sostanzialmente meno di tutti i vecchi limiti di polizia e del contemporaneo instaurarsi di un sistema politico e sociale non solo libero e pluralista ma spesso presupponente la sussistenza di strutture associative (si pensi ai partiti, ai sindacati, alle confessioni religiose), un forte e diffuso accrescimento di numero e di potere di molte strutture associative: né si tratta solo di situazioni di fatto (peraltro assai importanti anche per il giurista) ma anche di una serie di numerosissime disposizioni normative che attribuiscono poteri o mezzi finanziari ad associazioni, ne inseriscono rappresentanti in organi od enti pubblici, ne tutelano le attività. Tutto ciò, in genere, senza particolari condizionamenti relativi alla loro forma giuridica né con una soddisfacente considerazione della loro effettiva consistenza: anzi, su questo piano c'è da notare una sostanziale mancanza di considerazione di questi profili, salvo alcune eccezioni marginali; ciò, in genere, in nome di una netta ostilità a condizionamenti e controlli giuridici sull'autonomia associativa, mentre non piccoli sono (insieme ai vantaggi) i possibili condizionamenti derivanti in via di fatto dall'integrazione ricorrente di alcune associazioni in enti ed organi pubblici». Si ricordano, ad esempio, la legge che ha imposto la gestione delle più importanti squadre di calcio da parte di società per azioni, o alcune disposizioni della legislazione regionale in tema di volontariato o di associazioni "senza scopo di lucro»", nonché i partiti politici e i sindacati, «che molto hanno contribuito alla mancata attuazione dell'art. 39, comma 2 e 3, Cost.» (*op. cit.*, p. 500, nt. 89 e 90).

[59] Cfr.: l'art. 20 della *Dichiarazione universale dei diritti umani* (1948); l'art. 11 della *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo* (1950); l'art. 22 del *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici* (1976); l'art. 12 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (2000/C 364/01).

[60] Definita da Corte cost., sentenza n. 84 del 1969, come uno dei «cardini essenziali dell'ordine democratico».

21 Cost.)[61], la libertà di associazione è sancita nella nostra Costituzione all'art. 18, il cui primo comma recita che «*I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale*», e il secondo comma che «*Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare*»[62]. L'articolo citato, nel riconoscere il diritto di libertà di associazione a tutti i cittadini, ne segna allo stesso tempo ed esplicitamente i *limiti*[63]: 1) i «fini vietati ai singoli dalla legge penale»[64], come limite teleologico[65]; 2) la

[61] Così per L. FERRAJOLI, Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. 2, *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 345.

[62] Sulla libertà di associazione e sull'art. 18 Cost., oltre alle numerose trattazioni sui diritti e sulle libertà fondamentali, anche contenute nei manuali di diritto pubblico, si rinvia a: F. BENELLI, *Art. 18*, in *Commentario breve alla Costituzione*[2], a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, Cedam, 2008, p. 143 ss.; P. BARILE, voce *Associazione (diritto di)*, cit., p. 837 ss.; U. DE SIERVO, voce *Associazione (libertà di)*, cit., p. 484 ss.; G.E. VIGEVANI, voce *Associazione (libertà di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. I, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, p. 472 ss.; F. RIGANO, *Art. 18*, in *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Artt. 1-54, Torino, Utet, 2006, p. 404 ss.; P. RIDOLA, voce *Associazione – I) Libertà di associazione*, in *Enc. giur. Trecc.*, Vol. III, Roma, Treccani, 1988, p. 1 ss.; ID., *Democrazia pluralistica e libertà associative*, cit., p. 207 ss. Si ricordano, poi, gli scritti di A. PACE: *Art. 18*, cit., p. 191 ss.; *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni (Parte Speciale - II)*, Padova, Cedam, 1988, p. 359 ss. Per un breve sguardo comparato si veda M. DICASOLA, voce *Libertà di associazione*, in *Diritti Umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, *Dizionario II*, Torino, Utet, 2007, p. 842 ss.

[63] Come ebbe modo di ricordare la Corte Costituzionale nella sua prima sentenza, «*il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e* […] *nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile*» (sentenza n. 1 del 1956).

[64] Su cui si rinvia, anche per la copiosa bibliografia citata nelle note, a G. DE FRANCESCO, Ratio *di «garanzia» ed esigenza di «tutela» nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 3, p. 889 ss. Secondo A. MELONCELLI, *Associazioni segrete e diritto di associazione*, cit., p. 113, l'art. 18 cpv. Cost. avrebbe una sfera di applicazione più ampia di quella dell'art. 416 C.p., «comprendendo anche il divieto di associazioni costituite allo scopo di commettere contravvenzioni». L'osservazione, astrattamente corretta, non considera però che senza una legge penale che incrimini tale tipo di associazioni (che nel nostro ordinamento non sembra esistere) il divieto non ha alcuna operatività (a meno di non voler ridurre l'associazione al concorso di persone nelle contravvenzioni). Sotto

"segretezza", come limite organizzativo; 3) gli «scopi politici» perseguiti con «organizzazioni di carattere militare», come limiti rispettivamente teleologico e organizzativo. Si tratta delle cc.dd. "associazioni anticostituzionali"[66].

l'Impero austriaco di Ferdinando I, la *Legge penale sulle contravvenzioni di finanza* del 1835 contemplava la «banda di contrabbandieri» (§ 178 ss.) e le «società di contrabbando» (§§ 221 e 251 ss.), con riferimento alle quali si pose anche l'interrogativo se fossero segrete (v. G.N. SCHNABEL, *La legge penale sulle contravvenzioni di finanza ne' suoi rapporti colle leggi penali generali austriache*, versioni con annotazioni del Dott. Gianbattista Fava, Venezia, Tipografia Gaspari, 1845, p. 61 ss.).

[65] In sede costituente si fece notare come fosse pleonastico il riferimento alle leggi penali. Nella seduta del 25 settembre 1946, l'On. G. Lombardi dichiarò che «Quando i fini di un'associazione vengono in contrasto con le leggi penali, ci si troverà in presenza di un'associazione a delinquere, come tale perseguita dal Codice penale»; a tale dichiarazione replicò l'On. Aldo Moro, per il quale, attraverso il richiamo alle leggi penali, «viene precisato il criterio offerto dalla legge penale come lesione dell'ordinamento sociale, per servirsene come un criterio limitativo di una libertà che va sempre intesa come libertà nella legge».

[66] Così definite da A. SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., p. 15. Cui devono aggiungersi le associazioni finalizzate alla «riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista» (art. XII *Disp. trans. fin. Cost.*), disciplinate in attuazione di quest'ultima disposizione dalla L. 20 giugno 1952, n. 645, recante "*Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione*", e quelle volte, con l'uso della violenza, alla «restaurazione dell'istituto monarchico» di cui alla L. 3 dicembre 1947, n. 1546, recante "*Norme per la repressione dell'attività fascista e dell'attività diretta alla restaurazione dell'Istituto monarchico*". Sulle associazioni anticostituzionali si rinvia per tutti a: P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., p. 667 ss.; G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 135 ss. Le classificazioni proposte sono varie. La principale è quella tra associazioni *lecite* (che configurano l'esercizio del relativo diritto) e associazioni *illecite* (che non configurano l'esercizio del relativo diritto), in cui rientrano quelle "anticostituzionali" (categoria che, in pratica, racchiude tutte le "associazioni penalmente illecite"). M.S. GIANNINI, *Associazioni segrete e gruppi di potere*, cit., p. 1758, ricomprendeva nelle "associazioni vietate" le «associazioni di cui, per legge o per provvedimento amministrativo, non si ammette la costituzione, onde questa diviene un illecito, in vari modi qualificato (civile, amministrativo o penale), e perciò colpito da sanzione; dall'esperienza giuridica risulta che non v'è corrispondenza univoca tra associazioni vietate, associazioni segrete, associazioni penalmente illecite». In ottica comparata si veda D. BUENAVENTURA PELLISÉ

La libertà di associazione è stata denominata un diritto di "seconda generazione", in quanto non prevista né garantita dalle prime costituzioni liberali, «insofferenti e timorose di ogni forma di organizzazione sociale intermedia, autonoma e informale, avvertita dalle élites di governo come minaccia sovversiva o sediziosa alla stabilità politica»[67], come lo Statuto del Regno di Sardegna (1848), che all'art. 32 riconosceva solamente «*il diritto di adunarsi pacificamente e senz'armi, uniformandosi alle leggi che possono regolarne l'esercizio nell'interesse della cosa pubblica*». Tuttavia, anche sotto il vigore dello Statuto Albertino – pur in assenza di un espresso riferimento alla libertà di associazione[68] e ai suoi limiti[69] –, il fenomeno dell'associazionismo

PRATS, voce *Asociación*, in *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo III, Barcelona, 1951, pp. 76 e 95-96. Con riferimento alle associazioni segrete, si è distinto poi tra associazioni *segrete*, vietate dalla legge Anselmi, e associazioni *occulte* (così U. NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte*, cit., p. 2503), nonché tra associazioni *segrete anticostituzionali* – che sono previste dalla L. n. 17 del 1982 –, associazioni *riservate* – come la massoneria «che opera non pubblicamente, ma riservatamente, cioè mantenendo alcune circostanze della propria attività non pubbliche, il che non è sinonimo di segretezza» –, e associazioni *meramente segrete*, categoria che «dovrebbe ricomprendere quelle associazioni segrete (quindi non meramente riservate […]), ma che non si propongano di interferire sui poteri dello Stato e che non ricadono quindi sotto la stessa previsione legislativa» – come le associazioni segrete che si prefiggono di interferire sui poteri di uno Stato straniero o che perseguono scopi apolitici, come la diffusione di una setta religiosa – , e il cui accoglimento «riapre il dibattito tra i sostenitori della immediata precettività dell'art. 18 ed i loro avversari. Infatti la liceità delle associazioni meramente segrete dipenderà appunto dalla risoluzione di tale premessa» (A. SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., p. 37 ss.). Per ulteriori distinzioni si veda anche G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e prospettive di riforma dei delitti contro la personalità dello stato*, in AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, Franco Angeli, 1984, p. 373 ss.; ID., *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 1983, 4, p. 44 ss.

[67] L. FERRAJOLI, Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, cit., p. 346 (v. anche nt. 89 a p. 452).

[68] Che comunque era tradizionalmente consentita. Cfr.: M.T. ZANZUCCHI, *La libertà di associazione secondo la nuova Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Cicu*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1951, p. 493; G. TAMBURINO, *Le associazioni*, in *Riv. poliz.*, 1948, 1-2, p. 420; M.G. NACCI, *La libertà di associazione tra tutela multilivello dei diritti e limiti imposti dalla sicurezza interna ed internazionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2018, 1, p. 13 ss.

segreto era avvertito come pericoloso se, come si riteneva nell'Ottocento, «Anche dai princìpi generali del diritto derivano le proibizioni per le associazioni segrete»[70].

3.2. Negli anni Venti del secolo scorso, il problema della segretezza delle associazioni fu oggetto di un aspro dibattito che precedette l'emanazione della L. 26 novembre 1925, n. 2029 – comunemente nota come "legge sulle società segrete"[71] e presentata nella fase di approvazione come "legge contro la massoneria" –, che vide contrapposti Antonio Gramsci, all'epoca *leader* del Partito Comunista d'Italia, e Benito Mussolini, capo del governo fascista, affiancato dal Guardasigilli Alfredo Rocco[72].

In sostanza, la legge prevedeva per gli enti costituiti od operanti nel territorio dello Stato, tra cui le associazioni, l'obbligo di «*comunicare alle autorità di pubblica sicurezza l'atto costitutivo, lo statuto e i regolamenti interni, l'elenco nominativo delle cariche sociali e dei soci, e ogni altra notizia intorno alla loro organizzazione ed attività tutte le volte che vengono richiesti dalla autorità predetta per ragioni di ordine o di sicurezza pubblica*»[73]. La violazione di tale

[69] Ricavabili dalle leggi penali e dalle leggi di polizia (cfr. G. TAMBURINO, *Le associazioni*, cit., pp. 420-421; si veda, al riguardo, anche G. MIELE, voce *Associazione (diritto di)*, in *N. Dig. It.*, Vol. I, Torino, Utet, 1937, p. 1020 ss.

[70] G. ARANGIO-RUIZ, voce *Associazione (diritto di)*, in *Enc. giur. it.*, Vol. I, parte I, Milano, Vallardi, 1887, p. 877. A conferma di ciò, con riferimento all'Italia preunitaria, si veda P. GALEAZZI, *Sul fondamento della libertà di associazione nel diritto costituzionale positivo italiano*, in *Riv. dir. pubb.*, 1911, I, p. 424 ss. (devo la scoperta di entrambi gli scritti citati in questa nota a S. CASSARINO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 226, nt. 3).

[71] Il titolo era il seguente: "*Regolarizzazione dell'attività delle Associazioni, Enti ed Istituzioni e dell'appartenenza ai medesimi del personale dipendente dallo Stato, dalle Provincie, dai Comuni e da Istituti sottoposti per legge alla tutela dello Stato, delle Provincie e dei Comuni*". La Legge fu pubblicata nella Gazz. Uff. del Regno d'Italia n. 277 del 28 novembre 1925. Si veda per un inquadramento storico A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965, p. 68 ss.

[72] Il discorso, pronunciato nella seduta della Camera del 16 maggio 1925, è consultabile sul sito della Camera dei Deputati *https://storia.camera.it/regno/lavori/leg27/sed087.pdf*.

[73] Art. 1, co. 1, L. n. 2029 del 1925 (previsione poi ripresa nell'art. 214, co. 1, del R.D. n. 1848 del 1926, e nell'art. 209 del R.D. n. 773 del 1931).

obbligo da parte degli amministratori e dai rappresentanti dell'ente esponeva questi ultimi alla pena cumulativa dell'*arresto* non inferiore a tre mesi e dell'*ammenda* da 2.000 a 6.000 lire; pene aumentate, cui si aggiungeva l'interdizione temporanea dai pubblici uffici, nel caso in cui fossero state fornite «*scientemente notizie false od incomplete*». In tutti i casi, era prevista la facoltà di scioglimento delle associazioni da parte del Prefetto («*possono essere sciolte con decreto del Prefetto*»)[74].

La disciplina, rientrante nel pacchetto delle cc.dd. "leggi fascistissime"[75], fu poi trasferita e ampliata nel R.D. 6 novembre 1926, n. 1848, recante "*Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*"[76], agli artt. 214 ss., per confluire definitivamente nel "*Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*" di cui al R.D. 18 giugno 1931, n. 773[77], agli artt. 209 ss., alcuni dei quali abrogati dalla Corte costituzionale (artt. 210 e 211)[78], mentre quelli relativi alle associazioni segrete (artt. 209 e 212) sono rimasti in vigore sino all'introduzione della legge Anselmi che ha provveduto alla loro abrogazione (art. 6 L. n. 17 del 1982)[79].

La legge del 1925, che fu vista dal partito comunista come una legge *ad hoc* contro le «grandi organizzazioni operaie e contadine»[80], e

[74] Art. 1, co. 2, 3 e 4, della L. n. 2029 del 1925 (previsioni poi riprese negli artt. 214 e 215 del R.D. n. 1848 del 1926, e negli artt. 209 e 210 del R.D. n. 773 del 1931).

[75] Per le quali si veda F. PERFETTI, *Alfredo Rocco e l'organizzazione dello Stato fascista*, in *Il Parlamento italiano. 1861-1988*, Vol. XI, *1923-1928. Dalla Conquista del potere la regime, dal governo Mussolini alle leggi speciali*, Milano, Nuova CEI, 1990, p. 206 ss.

[76] Pubblicato in Gazz. Uff. del Regno d'Italia n. 257 dell'8 novembre 1926.

[77] Pubblicato in Suppl. Ord. alla Gazz. Uff. del Regno d'Italia n. 146 del 26 giugno 1931.

[78] Corte cost., sentenze n. 114 del 1967 e n. 193 del 1985.

[79] Per alcune applicazioni giurisprudenziali della disciplina sulle associazioni segrete contenuta nel T.U. in materia di pubblica sicurezza del 1931, riguardanti tra l'altro la Loggia P2, si vedano: Pret. Messina, 14 dicembre 1981, imp. Lo Passo e altro, in *Foro it.*, 1982, Vol. 105, Parte II, c. 61 ss.; Trib. Messina, 9 febbraio 1982, imp. Lo Passo e altro, in *Foro it.*, 1982, Vol. 105, Parte II, c. 196 ss.; Pret. Brescia, ord. 21 novembre 1981, imp. Turone e Viola, in *Foro it.*, 1982, Vol. 105, Parte II, c. 152 ss.

[80] Queste le parole di Gramsci nell'intervento citato alla Camera nel maggio del 1925.

solo di facciata contro la massoneria[81] – opinione forse confermata dall'art. 218 del R.D. n. 1848 del 1926, secondo il quale per "associazioni" si intendevano «*i partiti, i gruppi e le organizzazioni politiche in genere, anche temporanee*» (riferimento non presente nel successivo T.U. in materia di pubblica sicurezza del 1931) –, come anche le successive leggi, a ben vedere però sembravano comminare astrattamente la sanzione penale solo in caso di mancato ottemperamento all'ordine dell'autorità di fornire tutte le informazioni sull'ente quando richieste («*tutte le volte che vengono richiesti*») e «per ragioni di ordine o di sicurezza pubblica», non quindi per la violazione di un generico obbligo di comunicare l'istituzione e l'organizzazione dell'ente né per il fatto che quest'ultimo operasse segretamente[82].

Sta di fatto che, secondo la dottrina, con la completa abrogazione delle disposizioni contenute nel T.U. di pubblica sicurezza, la materia

[81] Di questo avviso anche G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 29, che parla di «"sostanziale" carica liberticida» della legge del '25.

[82] Anche i lavori preparatori non sono chiari sul punto. Nella già citata seduta del maggio del 1925, il Guardasigilli Alfredo Rocco dichiarò, dapprima, che «Il disegno di legge è modesto nella sua portata; esso non fa che dare *facoltà all'autorità di pubblica sicurezza* di richiedere gli elenchi dei soci delle associazioni esistenti od operanti in Italia e commina pene per coloro i quali o non obbediscono alla ingiunzione della autorità, ovvero diano notizie scientemente false. […] Non sarebbe possibile immaginare provvedimento più limitato, più modesto, che rientra indubbiamente nei diritti dello Stato ed è in sostanza un semplice provvedimento di polizia ordinaria» (il corsivo è nostro); ma successivamente affermò che la legge «obbliga tutte le associazioni a fare la denunzia, evidentemente vieta[ndo] le associazioni segrete» e «stabilisce espressamente il divieto delle associazioni segrete e le sanzioni, a carico anche dei singoli soci». In argomento si vedano: E. MARTIRE, *La legge italiana contro le associazioni segrete*, in *Riv. intern. sci. soc. e disc. aus.*, 1925, p. 298 ss.; G. SABATINI, voce *Associazioni politiche*, in *N. Dig. It.*, Vol. I, Torino, Utet, 1937, pp. 1041-1042; ID, voce *Associazioni, enti, istituti (Sicurezza pubblica)*, in *Nss. Dig. It.*, Vol. I, p. 2, Torino, Utet, 1958, p. 1451 ss.; I. CARACCIOLI, voce *Associazioni, enti, istituti (Sicurezza pubblica)*, in *Nss. Dig. It.*, App. I, Torino, Utet, 1980, p. 557 ss.; M.G. GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete. Profili penali*, cit., p. 19 ss.; A. SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., p. 27 ss.; F. FAMÀ, *Libertà di associazione e divieto di segretezza nella Costituzione e nel T.U. leggi P.S.*, in *Giur. merito*, 1982, 3, p. 741 ss.; S. CASSARINO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., pp. 228-229, nt. 11, e 231-232, nt. 24, anche per il rinvio alla copiosa dottrina ivi citata; G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., pp. 24-25 e 29 ss.

associativa si presenterebbe oggi «come del tutto estranea, sul piano normativo, al terreno della sicurezza pubblica»[83].

3.3. Dopo la caduta del regime fascista, il dibattito sull'associazionismo clandestino si ripresentò in sede di Assemblea Costituente[84], dove fu sollevata la questione della vaghezza della locuzione "associazione segreta", che era «tale da dare adito ad errate interpretazioni da parte degli organi di polizia con conseguenti abusi»; per questo motivo si consigliò di «aver riguardo al fine che queste associazioni segrete perseguono, precisandosi che sono proibite le associazioni aventi un fine politico che possa minacciare o minare la Costituzione dello Stato»[85]. Anche l'On. Aldo Moro propose di fare riferimento al "fine", suggerendo la formula «*Le associazioni che perseguono fini politici mediante un'organizzazione militare o col vincolo del segreto sono vietate*»[86].

Passò, tuttavia, la linea della denominazione generica, consacrata nella formulazione del secondo comma dell'art. 18 Cost., che poggiava sulla considerazione che le associazioni segrete hanno

[83] L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 20.

[84] Come apprendiamo da P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, cit., p. 245, nt. 219, il tema venne affrontato anche dalla *Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato*, presieduta dal Prof. Ugo Forti, istituita dal Ministero per la Costituente (D.Lgt. 31 luglio 1945, n. 435), insediatasi il 21 novembre 1945 e sciolta il 30 giugno 1946.

[85] Questo il contenuto dell'intervento dell'On. R. Lucifero D'Aprigliano nella seduta del 10 dicembre 1946 della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione. Allo stesso modo, l'On. M. Cevolotto considerò necessario «stabilire che cosa si intenda per società segreta», non ritenendo «che certe forme particolari di riservatezza, sia per quanto riguarda particolari deliberazioni, sia nei confronti dell'elenco dei soci, bastino per qualificare una società come segreta, non potendosi pretendere, senza violare la libertà dei cittadini, che sia di assoluto dominio pubblico anche tutto ciò che riflette la vita interna delle associazioni, specialmente se di carattere politico. La proibizione deve perciò rivolgersi principalmente a quelle società che segretamente tendono a minare la compagine dello Stato e che agiscono contro la legge».

[86] Sempre nella medesima seduta del 10 dicembre 1946.

ragione di esistere in un regime dittatoriale e non in uno democratico – come quello che di lì a poco si sarebbe ristabilito –, «dove ogni associazione può vivere alla luce del sole», e, pertanto, «se si vuole fare una Costituzione democratica, bisogna essere logici, affermando il divieto di ogni associazione segreta, senza bisogno di scendere nella Costituzione a specificazioni che potrebbero essere imperfette, o incomplete. Sarà compito del legislatore stabilire quali possono essere le società segrete, o che si presumano tali, nei confronti delle quali si debba applicare il divieto»[87].

Ciò avverrà solo svariati anni dopo ad opera del legislatore, anche nelle "vesti penali", sull'onda del clamore suscitato dalla vicenda P2[88].

3.4. Il divieto penale di istituire associazioni segrete, infatti, al contrario di quello concernente le associazioni a carattere militare introdotto appena un mese dopo l'entrata in vigore della Costituzione (D.Lgs. 14 febbraio 1948, n. 43, recante "*Divieto di associazioni a carattere militare*")[89], non verrà alla luce sino al 1982, con la L. n. 17, il

[87] Così l'On. U. Tupini, Presidente della Prima Sottocommissione, nella seduta del 10 dicembre 1946, cui aderì l'On. C. Caristia; si veda anche il lungo intervento dell'On. U. Della Seta nella seduta dell'11 aprile 1947. Per una sintesi delle varie opinioni espresse in sede costituente si rinvia a *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, con prefazione di V.E. Orlando, Roma, Colombo, 1949, pp. 50-51.

[88] Fino ad allora, secondo M.S. GIANNINI, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., p. 7, non si era ancora provveduto ad emanare una legge attuativa del dettato costituzionale in quanto le associazioni segrete erano un «fenomeno oramai marginalizzato nella vita dei nostri paesi. Infatti possono esistere ancora delle associazioni segrete, per esempio nel campo religioso; però esse sono costituzionalmente innocue, perché non sono coinvolte dal principio per cui l'associazione segrete in tanto è vietata in quanto svolga un'attività che abbia rilevanza politica».

[89] In un curioso susseguirsi di provvedimenti legislativi, la legge in questione fu dapprima abrogata dall'art. 2268, n. 297, del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 66, recante "*Codice dell'ordinamento militare*", e poi ripristinata dall'art. 9, lett. *q*), del D.Lgs. 24 febbraio 2012, n. 20, recante "*Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, recante codice dell'ordinamento militare, a norma dell'articolo 14, comma 18, della legge 28 novembre 2005, n. 246*".

cui titolo recita «*attuazione dell'articolo 18 della Costituzione*»[90], disposizione quest'ultima che, come vedremo in seguito, ha suscitato non pochi problemi interpretativi, nonostante, come osservava Massimo Severo Giannini, «è uno di quegli articoli della Costituzione che non hanno mai dato luogo a particolari problemi esegetici», la cui analisi «è stata abbastanza agevole»[91].

Alla domanda, però, se la legge Anselmi abbia colto il senso dell'art. 18 Cost., corrispondendo alle aspettative dei Costituenti, la dottrina ha prevalentemente dato una risposta negativa, in ragione di quella sorta di "eccesso di attuazione", per così dire "in negativo", in cui la legge sarebbe incorsa, vietando *solo* le associazioni segrete che compiono *attività di interferenza*, al contrario di quanto previsto dal capoverso dell'art. 18 Cost. che, secondo il dato testuale, avrebbe inteso vietare *tutte* le associazioni segrete, indipendentemente dal fine e dall'attività svolta[92].

---

[90] Nel Disegno di legge presentato al Senato nel luglio del 1981 (S. 1523, VIII Legislatura – Senato della Repubblica) si dichiara che quest'ultimo risponde alla «necessità di determinare alcune regole normative per l'attuazione di quel precetto, onde eliminare, in una prospettiva di certezza del diritto e di pieno rispetto dei principi democratici, ogni possibile distorta applicazione della disposizione medesima».

[91] M.S. GIANNINI, *Relazione introduttiva*, cit., p. 6.

[92] In particolare per G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., per il quale «Se ciò è esatto, la nuova legge invece di risolvere i vecchi problemi, sembra averli decisamente complicati» (p. 27), creando «una situazione senza sbocchi dal momento che la legge che attua il divieto costituzionale lo attua male e afferma princìpi diversi e che finiscono per derogare a quelli fissati nella legge "superiore" che la legge ordinaria dovrebbe attuare. […] Insomma un brutto imbroglio, dove ogni soluzione, proponibile e proposta, è giusta ed insieme sbagliata» (p. 28; v. anche p. 34). Così anche A. LISERRE, *Commento all'art. 1 l. 25 gennaio 1982, n. 17*, cit., p. 1234, per il quale la previsione del divieto della legge Anselmi «non sembra adeguata ad una corretta attuazione del precetto costituzionale». Per U. NANNUCCI, *Il giudice non può essere massone*, in *Cass. pen*., 1996, 1, pp. 389 ss., la definizione di cui all'art. 1 legge Anselmi costituirebbe «un singolare artifizio dialettico», una definizione del legislatore «nella sottospecie delle "finzioni giuridiche", poiché, utilizzando nell'*incipit* «una formula che equivale ad una presunzione assoluta» («*Si considerano associazioni segrete, come tali vietate dall'art. 18 della Costituzione*… »), ha proclamato «la piena liceità delle associazioni che la Costituzione intendeva vietare, affermando che questo risultato è attuazione diretta della stessa volontà della

Costituzione»; quindi, «poiché neppure il Parlamento della Repubblica ha il potere di far diventare palese ciò che nella realtà è occulto, il problema della esistenza di associazioni che operano in piena segretezza rimane nella realtà della vita, ed è pertanto insuscettibile di autonomo apprezzamento, al di fuori delle finalità previste dalla legge n. 17» (per tale motivo, secondo l'Autore, si può affermare, ai fini disciplinari, l'incompatibilità della partecipazione del dipendente pubblico, nella specie il magistrato, ad associazioni segrete che non rientrino nella previsione della legge Anselmi). A. SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., ha rilevato che «Il divieto costituzionale dell'art. 18 cpv. è stato quindi interpretato in modo affatto diverso dalla precedente ermeneutica. La segretezza è stata declassata a modalità di un divieto che né dal testo, né dai lavori preparatori dell'art. 18 della Costituzione traspare: il divieto cioè di interferire sui poteri pubblici» (p. 23); la legge Anselmi sarebbe quindi irrazionale «poiché esclude dalla sanzione di anticostituzionalità tutte le associazioni segrete le cui attività non vengano ad interferire con i pubblici poteri, ma *ubi lex voluit, dixit* ed in questo caso pare proprio improbabile che l'interpretazione estensiva della norma riesca a far dire al legislatore ciò che non ha neppure pensato» (p. 24), concludendo che «La pratica giurisprudenziale potrà comunque dirci – si spera in tempi non lunghissimi – se il legislatore, dall'entrata in vigore della Costituzione, sia responsabile della mancata attuazione dell'art. 18 della Costituzione, ovvero se, più semplicemente, il legislatore del 1982 abbia operato una scelta di opportunità nel modificare integralmente le norme di attuazione dell'art. 18 Cost., optando per una sostanziale definizione del concetto di segretezza e rinviando alla Magistratura e non più alla autorità amministrativa di Pubblica sicurezza la determinazione delle caratteristiche di segretezza di un'associazione» (p. 30). Critico anche P. PETTA, *Reati associativi e libertà di associazione*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, Sapere 2000, 1984, pp. 202 e 203, anche se per l'Autore la *ratio* dell'art. 18 cpv. Cost. «è stata in qualche modo distorta, senza che si possa comunque parlare di una sua violazione». Polemicamente si è espressa anche la *Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie* nella *Relazione sulle infiltrazioni di cosa nostra e della 'ndrangheta nella massoneria in Sicilia e Calabria* del 21 dicembre 2017 (Doc. XXIII, n. 33, cit.), per la quale «la normativa, rivolta a colpire, in quel particolare momento storico, i fenomeni di deviazione, ha finito, in realtà, per non disciplinare le associazioni segrete» (p. 66), e, prevedendo «in maniera del tutto indipendente» il requisito dell'interferenza, «ha dato luogo a una nozione di società segreta, diversa da quella concepita in sede costituzionale, che ha consentito finora l'attività di compagini sociali che andavano diversamente regolate» (p. 67). L'opinione è stata ribadita nella successiva *Relazione conclusiva della Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere* del 7 febbraio 2018 (Doc. XXIII, n. 38, cit., p. 252), in cui si osserva che «l'articolo 18 della Costituzione non è mai stato attuato nella parte in cui prevede il divieto di associazioni segrete (co. 2), posto che la legge 25 gennaio 1982, n. 17 ha previsto la sanzione penale e quella

L'opinione che lamenta l'eccesso attuativo sarebbe condivisibile se non fosse che, *in ottica penale*, risolvendosi nella restrizione della tipicità penale – e, dunque, dell'area del penalmente rilevante – risulta pienamente conforme ai principi di materialità, offensività ed *extrema ratio*. Deve peraltro rifiutarsi l'idea che la disposizione costituzionale abbia introdotto un c.d. "obbligo di incriminazione"[93]. Ciò che era accaduto per le associazioni paramilitari con l'introduzione del reato di cui all'art. 1 D.Lgs. n. 43 del 1948 non doveva necessariamente indurre il legislatore ad incriminare l'associazionismo segreto. Si è giustamente osservato, infatti, che dalla violazione del precetto costituzionale potrebbero derivare conseguenze giuridiche anche solo di natura amministrativa – come lo scioglimento dell'associazione, la confisca dei beni, una sanzione amministrativa per gli associati – e/o disciplinare[94].

Comunque sia, per diversi motivi la legge Anselmi non ha corrisposto alle aspettative di molti giuristi che si sono dimostrati estremamente critici, tra cui alcuni degli esponenti più illustri della dottrina pubblicistica e penalistica del tempo.

amministrativa di scioglimento soltanto per quelle entità che, non solo siano improntate al carattere della segretezza, ma siano connotate da un ulteriore requisito, non previsto dalla Carta costituzionale: lo svolgimento di attività diretta a interferire sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali e di amministrazioni pubbliche. In sostanza, mentre l'articolo 18 della Costituzione proibisce, nel secondo comma, le associazioni segrete in quanto tali, al contrario la legge n. 17 del 1982 somma tale requisito a quello stabilito, in maniera del tutto indipendente, nel primo comma del medesimo articolo 18 (che vieta le associazioni che perseguano fini vietati ai singoli dalla legge penale)».

[93] Cfr., sul punto, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, ETS, 2009, p. 84 ss.

[94] Per la possibilità di prevedere sanzioni diverse da quella penale si è espressa parte della dottrina. Cfr., ad esempio: A. LISERRE, *Commento all'art. 1 l. 25 gennaio 1982, n. 17*, cit., p. 1233; G. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., pp. 321-322; ID., Societas sceleris. *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, 1, p. 92 ss.; ID., *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., pp. 149-150; G. SIGNORELLI, *Stato democratico e società segrete*, cit., p. 84; A. MELONCELLI, *Società segrete*, cit., p. 187.

Tra questi Pietro Nuvolone, per il quale la legge Anselmi «può essere comprensibile per chi si ponga da un punto di vista emotivo; non è razionalmente giustificata, è tecnicamente malfatta e pone in pericolo le libertà costituzionali», e, «sotto certi aspetti, la disciplina delle associazioni cosiddette segrete è molto peggiore oggi che non dopo le leggi liberticide del 1925 e del 1931»[95]. Aspre polemiche provennero anche da Massimo Severo Giannini[96] e da Giovanni Battista Ferri, per il quale la formulazione della legge «è singolare e sconcertante», perché le associazioni segrete «non vengono direttamente definite. […] Cosa sia una associazione segreta, quali i suoi tratti caratteristici, tutto ciò rimane nel vago»[97].

Il delitto di associazione segreta costituisce, senza dubbio, un classico esempio, se non addirittura il prototipo, della c.d. "legislazione penale d'emergenza", paradigma giuridico più volte stigmatizzato per svariati motivi perché considerata una deriva della moderna normazione penale[98]. La legge Anselmi è stata emanata a

[95] Si tratta di un commento senza titolo apparso in *Ind. pen.*, 1982, 1, pp. 99-100, dello stesso tenore dell'articolo *Oscure minacce alla democrazia*, su *Il Tempo* del 19 gennaio 1982, in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., p. 79 ss., in cui si definiva il disegno di legge «uno degli atti più gravi che le forze politiche dominanti in Parlamento abbiano compiuto in questi ultimi anni. Forse anche inconsapevolmente, ma certo con deplorevole leggerezza, hanno predisposto – come del resto in altri casi – gli strumenti di una futura possibile dittatura».

[96] M.S. GIANNINI, *Relazione introduttiva*, cit., p. 8, per il quale il disegno di legge fu preparato «molto affrettatamente» e «malamente anche dal punto di vista della tecnica legislativa, perché non si fanno disegni di legge sotto la spinta della contingenza (questa è una regola generale di buona legislazione). Il risultato è che malgrado la lunga elaborazione, malgrado le critiche che subì il disegno in una fase iniziale, è venuto fuori un qualche cosa che è inaccettabile».

[97] G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., pp. 33 e 34.

[98] Stranamente non si fa cenno del reato *de quo* nel classico testo di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*[2], Napoli, Jovene, 2000 (e neppure nella voce del medesimo Autore, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur. Trecc.*, Vol. XXV, Roma, Treccani, 1990, di cui vedi in particolare pp. 1-2 per l'elencazione delle leggi dell'emergenza). Nessun riferimento neppure in P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberare allo Stato democratico di diritto*, Napoli,

distanza di pochissimo tempo dall'esplosione dello scandalo della P2, che ne ha rappresentato l'occasione storica[99], ben prima che la Commissione parlamentare d'inchiesta rassegnasse le proprie conclusioni fornendo un quadro (seppur controverso) di cosa fosse stato il fenomeno. Anche se non si può non rilevare che, a fronte del clamore e della preoccupazione suscitati dalla vicenda, il trattamento sanzionatorio appare del tutto sproporzionato per difetto, in piena controtendenza rispetto allo *standard* della legislazione d'emergenza cui il nostro legislatore ci ha abituati.

3.5. Non bisogna però credere che, fino al quel momento, il legislatore penale si fosse disinteressato del fenomeno dell'associazionismo segreto e del suo possibile influsso sulla "cosa pubblica". Al di là della contestata legge del 1925, Alfredo Rocco, riprendendo quasi fedelmente il testo dell'art. 154, co. 2, del Codice penale del 1889[100], ha previsto all'art. 339 C.p. l'aumento della pena per alcuni "delitti dei privati contro la pubblica amministrazione" – in particolare quelli incriminati agli artt. 336 (*Violenza o minaccia a un pubblico ufficiale*), 337 (*Resistenza a un pubblico ufficiale*) e 338 (*Violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario*) – e per alcuni "delitti contro la libertà morale" – in particolare quelli contemplati

Jovene, 2001, e in G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, Jovene, 1982.

[99] Il D.D.L. di iniziativa governativa del Presidente del Consiglio dei ministri, Giovanni Spadolini, di concerto con il Ministro di grazia e giustizia C. Darida, fu comunicato al Senato il 25 luglio 1981 e approvato nella seduta del 5 agosto 1981 (S. 1523), trasmesso alla Presidenza della Camera il 7 agosto 1981 e approvato da quest'ultima (C. 2791 e 2791-A), e poi ritrasmetto al Senato per l'approvazione definitiva (S. 1523-B) avvenuta il 21 gennaio 1982. La legge fu pubblicata nella Gazz. Uff. del 28 gennaio 1982, n. 27.

[100] Il secondo comma dell'art. 154, contemplato tra i "delitti contro la libertà individuale", prevedeva l'aumento di pena «*Se la violenza ovvero la minaccia sia commessa con armi, o da persona travisata, o da più persone riunite, o con scritto anonimo, o in modo simbolico, o valendosi della forza intimidatrice derivante da segrete associazioni, esistenti o supposte*». Secondo L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 17, questo costituirebbe il primo riferimento nella legislazione italiana alle "associazioni segrete".

agli artt. 610 (*Violenza privata*), 611 (*Violenza o minaccia per costringere a commettere un reato*) e 612 (*Minaccia*) –, «*se la violenza o la minaccia è commessa* […] *valendosi della forza intimidatrice derivante da segrete associazioni, esistenti o supposte*». La *ratio* dell'aggravante – che sarà poi estesa anche ad altri reati[101] – risiede, secondo la condivisibile opinione tradizionale, nella maggiore forza intimidatrice derivante dalla percezione, fondata o infondata (a seconda dell'esistenza o meno dell'associazione), nel soggetto passivo dell'esistenza di una organizzazione occulta[102].

Per interpretare la disposizione nella parte in cui fa riferimento alle "segrete associazioni" nessun dato utile è ricavabile dalla Relazione ministeriale al Codice penale[103]. È stato così compito della dottrina chiarirne il significato. Per Vincenzo Manzini non occorreva che si trattasse «di una associazione costituita al fine precipuo di commettere reati: ben possono rientrare nella nozione in discorso anche le società, comitati, cellule, ecc., d'indole politica, umanitaria, o settaria, purché ad essi si attribuiscano, fondatamente o no, propositi o fatti di vendetta micidiale, economica, diffamatoria, ecc. Sono quindi associazioni segrete, a' termini dell'art. 339, non soltanto la *mafia*, la

[101] L'aggravante, infatti, è applicabile al delitto di "*Intralcio alla giustizia*" di cui all'art. 377 C.p., ai delitti di corruzione di cui all'art. 343-*bis* C.p., al delitto di "*Atti persecutori*" di cui all'art. 612-*bis*, co. 4, C.p. (che rinvia al co. 2 dell'art. 612 C.p.), e ad alcuni delitti contemplati nel Codice penale miliare di pace (artt. 189, 190, 196, 229, 248).

[102] Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice penale del 1930*, Vol. V, Utet, Torino, 1935, p. 359; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*[10], p. 425; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati, le qualifiche soggettive pubblicistiche*[4], Milano, Giuffrè, 2015, p. 57; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I[3], Padova, Cedam, 2008, p. 320; T.M. COSTA, voce *Resistenza a pubblico ufficiale*, in *Enc. giur. Trecc.*, Vol. XXX, Roma, Treccani, 2008, p. 3; R. PASELLA, voce *Violenza e resistenza a pubblico ufficiale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. XV, Torino, Utet, 1999, p. 262; G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*[2], Milano, Giuffrè, 2008, pp. 113 ss. e 286-287.

[103] È probabile che per "segrete associazioni" si intendessero quelle cui faceva riferimento l'art. 216 del R.D. 6 novembre 1926, n. 1848, all'ora in vigore (ossia le «*associazioni, enti od istituti costituiti nel Regno, o fuori, ed operanti, anche solo in parte, in modo clandestino od occulto, o i cui soci sono comunque vincolati dal segreto*»; il testo riprendeva il precedente art. 2 della L. 26 novembre 1925, n. 2029).

camorra, la *mano nera*, e le altre *associazioni per delinquere* (art. 305, 416), ma altresì la *massoneria*, la *carboneria*, la *concentrazione antifascista*, i *comitati politici d'azione*, e, in genere, le associazioni prevedute negli articoli 270 e 271 (le quali non possono che essere clandestine) e negli art. 273-274 (quando non siano autorizzate dal Governo)»[104]. Anche Antonio Pagliaro ha esemplificato menzionando la mano nera e la mafia[105], e similmente Guido Neppi Modona[106] e Mario Romano[107], il quale ultimo fa riferimento alle associazioni per delinquere, alla mafia, alla camorra e ad associazioni affini, alle sette religiose o di magia nera,

[104] V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice penale del 1930*, cit., pp. 359-360. L'Autore si richiamava anche agli artt. 209 e 212 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza del 1931, e proseguiva affermando che «La potenzialità d'intimidazione segreta deve considerarsi non già in via assoluta (cioè non nella realtà delle cose, o nel carattere attribuito all'associazione supposta), bensì in modo *relativo*, cioè in rapporto al soggetto passivo. Molti grulli, ad es., credono tuttora alle tremende vendette massoniche. Ebbene, chi si giova di siffatta opinione per imporre ad uno dei detti credenzoni la propria volontà, incorre certamente nell'aggravante di cui trattiamo. È indifferente il *modo* con cui il colpevole agisce per commettere la minaccia, giovandosi della forza intimidatrice dell'associazione segreta: tanto vale ch'egli si spacci (veramente o falsamente) quale membro di essa, quanto che asserisca di essene mandatario, di poterne efficacemente determinare l'intervento o di voler altrimenti attirare le vendette dell'associazione sul soggetto passivo, se costui non si piegherà all'imposizione» (analogamente si era espresso l'Autore con riferimento all'art. 154, co. 2, del Codice Zanardelli nel *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1911, Vol. IV, p. 643 ss.). Anche per M. SFORZI, voce *Violenza, minaccia o resistenza all'autorità*, in *Enc. dir.*, Vol. XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, p. 929, l'aggravante «allude alla capacità di incutere timore, propria di determinate associazioni, pur non specificamente dedite alla commissione di reati. Tra le associazioni "segrete" vanno ricompresi inoltre i gruppi clandestini ed eversivi, vietati dall'art. 18 cost.». Si ricordi che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 273 e 274 C.p., con sentenza n. 193 del 1985, e poi dell'art. 271 C.p., con sentenza n. 243 del 2001.

[105] A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 425.

[106] G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 1983, 4, p. 53, con riferimento alla mafia, il cui carattere, come quello di qualunque altra associazione per delinquere, comune e politica, «è la copertura degli scopi e degli appartenenti al gruppo criminale».

[107] M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati, le qualifiche soggettive pubblicistiche*[4], cit., pp. 57-58. *Contra* sembra F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 520, che rinvia alla legge Anselmi.

ritenendo che l'associazione segreta di cui all'art. 339 C.p. non debba necessariamente rispondere ai requisiti di cui all'art. 1 L. n. 17 del 1982, a cui ci si potrà comunque riferire per i criteri dai quali desumere la segretezza, ma non anche per il tipo di attività svolta dall'associazione. Per Giovanni Fiandaca ed Enzo Musco si tratterebbe genericamente di «un'associazione dedita al perseguimento di fini illeciti»[108].

Come si vede, le interpretazioni in gran parte si equivalgono[109]. In ogni caso, si tratta di una semplice circostanza aggravante che per giunta ha trovato scarsissima applicazione[110], da cui però può desumersi la consapevolezza nel legislatore dell'epoca delle potenzialità criminogene delle associazioni segrete, e altresì come – in presenza del Testo unico in materia di pubblica sicurezza la cui emanazione fu coeva a quella del Codice penale (R.D. 18 giugno 1931, n. 773) e delle disposizioni penali in essa contenute – le previsioni del Codice penale in materia di "delitti contro la personalità dello Stato" (Titolo I del Libro II) e di "delitti dei privati contro la

[108] G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I[4], Bologna, Zanichelli, 2007, p. 291.

[109] In senso critico sull'interpretazione fornita dal Manzini – che, come visto, sarà ripresa dalla dottrina successiva – si espresse G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., pp. 23-24, in quanto, «Lungi dall'apportare alla definizione di associazioni segrete elementi chiarificatori, questa interpretazione dell'art. 339 c.p. sembra ancora navigare, con incertezza, tra l'idea d'una illiceità dell'associazione segreta, legata alla sua stessa condizione di esser segrete (supposto che si riesca a definire *quando* un'associazione *è* segreta); illiceità che dunque prescinde da una valutazione della liceità, o meno, dell'agire e dei fini che essa in concreto ponga in essere e persegua […] e l'idea di una illiceità (d'una associazione segreta) prevalentemente se non esclusivamente dipendente dalla illiceità del suo agire. Le ipotesi elencate dalla ricordata dottrina hanno natura eterogenea e non contribuiscono affatto, come s'è detto, a chiarire il problema; semmai apportano ad esso ulteriori elementi di confusione. Infatti vediamo elencati insieme la massoneria e la camorra, la mafia e la carboneria, le associazioni a delinquere di ogni ordine e grado e le associazioni aventi finalità internazionale (artt. 273 e 274 c.p.) che non sono considerate illecite, ma necessitano di una autorizzazione del governo […]».

[110] Cfr.: Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 1986, n. 10941, in *Giust. pen.*, 1987, II, c. 259-260, e in *Giur. it.*, 1987, II, c. 137, che ha considerato segreti i gruppi eversivi di lotta armata; Cass. pen., Sez. VI, 20 giugno 2012, n. 25191, che ha considerato segreta l'associazione terroristica "Al Qaeda".

pubblica amministrazione" (Capo II, Titolo II del Libro II), e l'aggravante di cui all'art. 339 C.p., fossero stare ritenute più che sufficienti a tutelare lo Stato dall'operato di organizzazioni clandestine.

4. *La discussa* ratio *del secondo comma dell'art. 18 Cost.: la segretezza quale "presunzione di pericolosità" – e, quindi, di "illiceità" – e il problema del "fine" dell'associazione*

4.1. Il tema della segretezza è affascinante e percorre trasversalmente l'intero ordinamento giuridico declinandosi in maniera differente[111]. È un tema, altresì, di grande attualità soprattutto nella nostra epoca, pervasa dalle opposte ideologie della "trasparenza" (e dell'"informazione") – che sul versante del diritto si compendia nel concetto di "pubblicità" – e della "riservatezza" (oggi denominata con un anglicismo "*privacy*").

La segretezza – che è assenza di conoscenza (o, meglio, conoscenza di pochi)[112] – è stata oggetto di valutazioni giuridiche opposte. Se da un lato, infatti, con l'entrata in vigore della

[111] Dal segreto professionale al segreto di Stato, dal segreto istruttorio e processuale al principio del *nemo tenetur se detegere*, dalla segretezza dei dati personali al segreto bancario, solo per citare alcuni di questi modi. Sul tema si vedano tra i tanti: G. PITRUZZELLA, voce *Segreto – I) Profili costituzionali*, in *Enc. giur. Trecc.*, Vol. XXXII, Roma, Treccani, 1992, p. 1 ss.; M. RAVERAIRA, voce *Segreto nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Vol. XIV, Torino, Utet, 1999, p. 18 ss.; A. DE CUPIS, voce *Riservatezza e segreto (diritto a)*, in *Nss. Dig. It.*, Vol. XVI, Torino, Utet, 1969, p. 115 ss.; AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, cit. Particolare rilievo ai nostri giorni assume il c.d. "diritto all'anonimato", su cui si rinvia, anche per la bibliografia citata nelle note, a V. DE SANTIS, *Il divieto di istituire associazioni segrete. Obblighi di trasparenza dei dipendenti pubblici e tutela del pluralismo associativo*, cit., p. 4 ss.

[112] Essa consiste in un contengo, attivo e/o omissivo, finalizzato a rendere sconosciute (o più difficile la conoscenza di) determinare realtà (un pensiero, un'azione, un oggetto, ecc.) ad alcuni individui o alla generalità di essi. La parola "segreto" deriva dal latino *secrètum*, participio passato del verbo *secèrnere* (che significa "mettere da parte"), composto dal prefisso "*se*", indicante separazione, e "*cèrnere*", che vuol dire separare: così la voce *segréto*, in O. PIANIGIANI, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, Vol. II, Roma-Milano, Società Editrice Dante Alighieri, 1907, p. 1256.

Costituzione, è da considerarsi – al pari della "riservatezza" – un *valore* e, perciò, un *interesse meritevole di tutela* (es.: artt. 14 e 15 Cost.)[113], dall'altro lato, essa può rappresentare un *disvalore*, perché ingenera il *sospetto*, che giuridicamente si traduce facilmente in una *presunzione di pericolosità* – e, quindi, di *illiceità* –[114], fondata, probabilmente, sulle

[113] Presidiato anche da sanzioni penali (es.: artt. 615-*bis* e 734-*bis* C.p.). Proprio con riferimento al divieto di segretezza cfr. Cass. civ., Sez. un., 30 gennaio 1985, n. 557, in *Foro it.*, 1985, Vol. 108, n. 2, Parte I, c. 378 ss.

[114] Cfr., *ex plurimis*, con riferimento al divieto costituzionale di associazioni segrete: S. CASSARINO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., pp. 231 e 232, che parla di «pericolo potenziale insito nel tentativo stesso della segretezza», «perché maggior pericolo deriva allo Stato da un siffatto organismo interamente sottratto al suo controllo»; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 1162-1163, per il quale «La segretezza ha una sua ragion d'essere nei regimi di compressione dei diritti umani, ma quando questi ottengono pieno riconoscimento e tutela non appare più tollerabile e fa presumere un fine illecito, o comunque denuncia il difetto negli associati di quel senso di responsabilità che deve contrassegnare l'azione del cittadino di uno stato popolare»; A. PACE, *Art. 18*, cit., pp. 218-219, per il quale la previsione pone in essere «una assoluta presunzione di illiceità anche in assenza di scopi non vietati»; G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 36, per il quale divieto, «nella sua tassatività, sembra voler affermare una presunzione di illiceità di tutte le associazioni segrete. Si tratta di vedere se tale presunzione sia da considerare assoluta o invece relativa»; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*[15], Napoli, Jovene, 1989, p. 849, nt. 50, per il quale «È manifesto, infatti, che la segretezza non abbia più alcun significato in un regime di libertà democratica: ed anzi faccia presumere un fine illecito o quantomeno una riprovevole mancanza di senso di responsabilità nei cittadini»; A. ALBAMONTE, *I «gruppi di potere occulto» nella legge n. 17 del 25 gennaio 1982*, in *Riv. pen.*, 1983, p. 5, per il quale la segretezza costituisce «una pericolosità intrinseca dell'associazione ovvero del gruppo secondo una valutazione di presunzione fattane dalla Costituzione, proprio perché mina i principi fondamentali della solidarietà sociale e della trasparenza democratica delle associazioni dei cittadini»; P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., p. 745, che ricordava la «concezione tradizionale dell'associazione segreta, come potenziale associazione di cospiratori o di delinquenti», e in *Reati associativi e libertà di associazione*, cit., p. 201, affermava che «Evidentemente, il costituente ha ritenuto che la pericolosità di una associazione segreta potesse in qualche modo essere presunta, a prescindere da una indagine concreta, non sempre facile sulle sue finalità; e per altri versi, imponendo alle associazioni di avere un carattere palese, ha posto una condizione preliminare tale da rendere possibili altri e ulteriori controlli»; F. MASTROPAOLO, *Riserbo e segreto delle associazioni non riconosciute e associazioni segrete*, in *Quad. plur.*, 1983, 1, p. 120, per il quale

seguenti considerazioni: a) di *senso comune*, perché l'individuo è spinto a credere che ciò che è moralmente retto e lecito si fa alla "luce del

«bisogna allora concludere che il costituente individua, anche in assenza di dimostrati scopi illeciti, […] una situazione di pericolo o di normale corrispondenza tra essa e l'illiceità degli scopi, non provati, ma spesso non dimostrabili perché occulti»; la segretezza «costituisce allora un'ipotesi di illiceità residuale e aggiuntiva, rispetto a quella derivante dalla commissione di reati, che ordinariamente già include il nascondimento» (questa conclusione, secondo l'Autore, eviterebbe di ritenere inutile il secondo comma dell'art. 18 Cost., poiché le associazioni segrete con scopi illeciti sono già vietate espressamente dal primo comma); V. GHERGHI, *Brevi considerazioni sulla recente disciplina legislativa in materia di associazioni segrete*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1983, 15-16, p. 1591, per il quale «deve considerarsi proibita ogni associazione segreta […] *dovendosi ritenere, comunque, pericolosi per l'ordine costituzionale le organizzazioni, i fini e le attività non dichiarati e non resi palesi da un'associazione (segreta) nell'ambito di un regime in cui la libertà di associazione trovava la sua massima espansione*»; A. GUSTAPANE, *Il limite della segretezza alla libertà di associazione*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1984, 66, p. 69, che parla di «situazione di pericolo presunto»; G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 212, che parla di «*presunzione assoluta di pericolosità* delle associazioni segrete e paramilitari, la quale nulla ha a che fare con lo scopo perseguito (di carattere politico, e pertanto in nessun caso qualificabile come illecito), e che trova la sua giustificazione nella ragionevole probabilità che l'adozione di simili strutture organizzative preluda, e sia funzionale, al compimento di attività penalmente illecite». Nella Relazione del "Comitato dei tre saggi" si legge che «Il divieto enunciato nell'art. 18 non viene ricollegato a una particolare finalità dell'associazione, e implica – per usare una espressione tratta dalla terminologia giuspenalistica – la configurazione della fattispecie, che la Costituzione intende proibire, come un fatto "di pericolo"» (*Relazione del comitato amministrativo di inchiesta*, cit., punto V, par. 25). Per F.C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*[3], cit., p. 334, invece, «la *ratio* del divieto di cui all'art. 18, comma 2°, Cost. […] sembra forse essere più circoscritta di una rigorosa ed assoluta presunzione di illiceità a carico dell'associazione che occulti la sua esistenza; presunzione che sarebbe fondata sul solo fatto della segretezza». In *giurisprudenza*, Pret. Napoli, 28 novembre 1948, cit., parlava di «pericolo potenziale che le segrete associazioni presentano nella società» che «consiste nel fatto che le associazioni le quali occultamente agiscono non offrono alcuna possibilità o quanto meno gravi difficoltà di controllo delle loro azioni di talché, se lecita fosse l'esistenza di esse, sarebbe creata una possibilità di facile sviluppo di associazioni che tendono a minare lo Stato, l'ordine sociale e ad agire contro la legge, mentre d'altro canto, lo Stato stesso si porrebbe in una condizione di minorata difesa contro occulte coalizioni. Si prescinde, quindi, nel porre il divieto, dalla indagine sullo scopo sociale, dappoiché il pericolo viene considerato potenzialmente».

sole" e ciò che è immorale e illecito nella clandestinità[115] (non solo per vergogna, ma anche per evitare le conseguenze del proprio agire); b) di carattere *sociologico*, perché le associazioni criminali – e in generale la criminalità – agiscono nella segretezza[116]; c) di ordine *storico*, perché, secondo la tradizione rivoluzionaria, le società segrete nascevano per sovvertire l'ordine costituito[117].

[115] Il termine "clandestino", infatti, come quello di "segreto", significa «Fatto di nascosto, segreto (e indica specialmente ciò che è illegale e deve celarsi alla vigilanza dell'autorità)»: voce *Clandestino*, in *Grande dizionario della lingua italiana*, Vol. III, Torino, Utet, p. 216. Nella seduta dell'Assemblea Costituente dell'11 aprile 1947, l'On. U. Della Seta ebbe ad affermare che «quando siamo in democrazia, quando la libertà non è un mito, quando libera la parola può farsi ascoltare dalla cattedra, dalla tribuna, nel foro, quando la stampa su tutto e su tutti può esercitare il suo diritto di critica, allora le associazioni segrete, di qualsiasi colore e di qualsiasi genere, rosse o nere, laiche od ecclesiastiche, non hanno alcuna ragione di essere. Se sono, solo una cosa testimoniano, cioè che un qualcosa di poco onesto e di poco confessabile in esse e per esse si compie»; nella stessa seduta l'On. U. Tupini aggiunse che «nell'interesse della libertà e della democrazia non sono tollerabili e nemmeno concepibili delle associazioni con fini occulti ed inconfessabili». Rilevava G. ARANGIO-RUIZ, voce *Associazione (diritto di)*, cit., p. 877, che «Anche dai princìpi generali del diritto derivano le proibizioni per le associazioni segrete ed armate. La libertà suppone l'esercizio di essa manifesto, aperto a tutti, esplicantesi alla luce del giorno: l'associazione segreta, pel sol fatto del sospetto che fa nascere intorno all'azione che si prefigge, può essere vietata. Le associazioni segrete hanno ragione d'essere in governo dispotico, formate come sono per abbatterlo, a fine di lotta, per preparare la rivoluzione, e furono infatti addimandate una dichiarazione di guerra della libertà contro il dispotismo; ma lo Stato, anche libero, ha sempre ragione di vietarle perché contengono una grande forza morale ed una grande forza materiale ignote, il cui fine può temersi converga contro lo Stato o contro le istituzioni, poiché, se ciò non fosse, il segreto non avrebbe ragion d'essere».

[116] Ad esempio, cos'è l'«omertà» di cui parla l'art. 416-*bis* C.p. se non la proiezione diffusa del segreto che le associazioni di stampo mafioso vogliono mantenere?

[117] Osservava G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 22, che «Se è possibile trovare un denominatore comune negli interventi dei vari legislatori in materia di associazioni segrete, ciò è sembrato consistere (pur nella diversità delle ragioni e delle occasioni che storicamente hanno dato vita ad essi) nel quasi costante collegamento tra l'associazione segreta ed una attività, già di per sé, penalmente illecita che era, in prevalenza, quella di cospirazione o di attentato alla sicurezza dello Stato».

Sul terreno del pensiero giuridico, tali considerazioni hanno trovato, in linea di principio, il loro corrispettivo nell'idea che le associazioni segrete sono state proibite in quanto perseguano "fini vietati ai singoli dalla legge penale" – che costituisce il limite generale alla libertà di associazione indicato al primo comma dell'art. 18 Cost. (l'associazione segreta intesa, quindi, come "associazione criminale") – ovvero "scopi politici" – che costituisce la *ratio* del divieto di associazioni paramilitari di cui al capoverso del medesimo articolo (l'associazione segreta intesa, quindi, come "associazione politica") – [118].

Si può comunque pacificamente convenire con l'affermazione di un'autorevole dottrina secondo cui uno dei motivi principali che hanno indotto i Costituenti ad introdurre il divieto di cui all'art. 18 cpv. Cost. risiederebbe nella «comune opinione della pericolosità della segretezza»[119].

4.2. Qualunque siano state le idee e i giudizi (o i pregiudizi) che hanno formato la precomprensione dei Costituenti, la segretezza rappresenta giuridicamente un *limite* alla libertà di associazione, di *rango costituzionale*[120], la cui ragione giustificatrice è stata individuata – intuitivamente, ma forse in maniera tautologica – nel suo esatto opposto, ossia la *pubblicità* (o *trasparenza*). Fu COSTANTINO MORTATI

[118] Per una sintesi delle diverse impostazioni si vedano: P. RIDOLA, voce *Associazione – I) Libertà di associazione*, cit., pp. 10-11; V. DE SANTIS, *Il divieto di istituire associazioni segrete. Obblighi di trasparenza dei dipendenti pubblici e tutela del pluralismo associativo*, cit., 22, p. 7 ss.

[119] G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 32, il quale fu comunque estremamente critico sul divieto in parola considerato un modo di sanzionare «l'*essere* (o meglio un *modo* di essere), quello appunto segreto, non già l'*agire* (illecito) dell'associazione» (p. 20, e poi pp. 28, 33 e 36). In questo senso anche P. PETTA, *Reati associativi e libertà di associazione*, cit., p. 201.

[120] Non comune a tutti gli ordinamenti giuridici, ma certo non esclusivo del nostro, nonostante G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 21, abbia affermato che il secondo comma dell'art. 18 Cost. rappresenta «una novità, un *unicum* […] non reperibile in altre esperienze». Il divieto di associazioni segrete è attualmente previsto, ad esempio, nella Costituzione: *spagnola* (1978), all'art. 22, co. 5; *albanese* (1998) all'art. 9, co. 2; *bulgara* (1991) all'art. 44, co. 2; *romena* (1991), all'art. 40, co. 4; *polacca* (1997), all'art. 13.

ad affermare, nelle sue *Istituzioni*, che le associazioni segrete sono vietate «perché contrastanti con l'esigenza (essenziale, in quanto connaturata ad ogni assetto democratico) della pubblicità»[121].

Nei discorsi giuridici sull'argomento ricorre più volte l'asserzione che il divieto si incentrerebbe sul fatto che le associazioni segrete non

[121] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1162. In questo senso pure G. ZAGREBELSKY, *Disarmati contro la setta*, in *Il Sole 24 Ore* del 29 maggio 1981, p. 3, per il quale l'associazione segreta «contrasterebbe con l'imperativo democratico di pubblicità di ogni forma di potere organizzato (le associazioni possono essere questo) e, in ogni caso, farebbe supporre, come fu detto alla Costituente qualcosa di poco onesto e di poco confessabile». Così anche G. NEPPI MODONA, *La setta segreta*, in *La Repubblica* del 23 maggio 1981 (di cui riporto il passo come ripreso da G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 30): «le associazioni segrete sono incompatibili con il metodo democratico che è il presupposto del fondamentale diritto costituzionale di tutti i cittadini di associarsi liberamente in partiti per concorre a determinare la politica nazionale perché svolgono un'attività occulta e sotterranea, per ciò stesso sottratta a quell'essenziale controllo democratico che è la pubblicità». In questo senso si è espressa anche la *Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie* nella *Relazione sulle infiltrazioni di cosa nostra e della 'ndrangheta nella massoneria in Sicilia e Calabria* del 21 dicembre 2017 (Doc. XXIII, n. 33, cit., p. 66: «dall'*iter* e dal testo della norma in esame, si desume che il divieto della segretezza sostanziale ha un carattere del tutto autonomo rispetto alle finalità dell'associazione: mentre l'articolo 18 della Costituzione prevede espressamente il perseguimento di determinati fini da parte delle associazioni illecite del primo comma e di quelle militari del secondo comma, null'altro dispone per le associazioni segrete, così dimostrando una precisa e categorica volontà legislativa in cui il divieto si sostanzia nel mero carattere di segretezza dell'associazione. La *ratio* di tale scelta va infatti individuata, come già del resto chiarito in sede di Assemblea Costituente, non tanto nella presunzione d'illiceità dei sodalizi segreti che inclina verso la logica del sospetto, ma proprio nella necessità di impedire che, in un sistema democratico, possano avere luogo formazioni di potere separate e sottratte a qualunque controllo. Rileva, dunque, l'esigenza della comunità sociale alla conoscenza di quelle formazioni che si sviluppano nel proprio ambito poiché il loro occultamento determina l'impossibilità di valutarne la compatibilità con gli interessi generali»). Esprime riserve sulla incompatibilità dell'associazionismo segreto con un sistema di libertà e democrazia, G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 31 ss., argomentando essenzialmente dall'esistenza nel medesimo sistema della libertà «che garantisce per tutti il rispetto e l'invalicabilità di una zona "privata", intima della propria esistenza. E ciò, perché data la sua natura democratica e liberale, che consente a tutti di esprimere le proprie opinioni, di organizzare i propri interessi, un tal sistema nulla avrebbe, almeno in teoria, da temere dalla "segretezza di persone o gruppi"».

hanno "ragion d'essere" in un regime liberal-democratico[122]. A fronte della più ampia libertà di associazione si richiede infatti «un corrispettivo di lealtà: che la vita associativa si svolga alla luce del sole»[123]. Una prospettiva questa che, se limitata in questi termini, si risolve in una concezione meramente *etica* e *statalista* del divieto,

[122] Cfr., ad esempio: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 1162-1163; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*[8], Milano, Giuffrè, 1994, p. 663; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*[15], cit., p. 849, nt. 50; e, già nell'Ottocento, sotto la vigenza dello Statuto Albertino, G. ARANGIO-RUIZ, voce *Associazione (diritto di)*, cit., p. 877. Il pensiero fu espresso anche in sede costituente (si veda l'intervento dell'On. U. Tupini nella seduta del 10 dicembre 1946, cui aderì l'On. C. Caristia: «in un regime di democrazia non si possano concepire società segrete di alcun genere che […] dovrebbero essere proibite alla pari di quelle aventi un'organizzazione militare. Le società segrete si possono soltanto concepire in un regime dittatoriale, quando la libertà è limitata o inesistente, ma non in un regime democratico dove ogni associazione può vivere alla luce del sole»).

[123] G. ZAGREBELSKY, *Disarmati contro la setta*, cit., p. 3. Dovere di fedeltà che si fa più pregnante per i pubblici dipendenti, ai sensi degli artt. 54, co. 2, e 98, co. 1, Cost., e la cui violazione è comunemente considerata la *ratio* dell'illecito disciplinare (cfr. A. GUSTAPANE, *Illecito disciplinare ed appartenenza ad associazioni segrete ai sensi della l. n. 17 del 1982*, cit., pp. 1281-1281). Per P. BARILE, voce *Associazione (diritto di)*, cit., p. 845, «Lo Stato, in altre parole, lascia la più ampia libertà di associazione ai singoli, ma pretende – in omaggio ad un rispettabile canone etico – che essi non gli nascondano la loro attività associata, in modo che più agevole risulti il controllo sulla conformità dei fini alla legge penale». Per A. LISERRE, *Commento all'art. 1 l. 25 gennaio 1982, n. 17*, cit., p. 1229, «se è essenziale, […] al realizzarsi del modello pluralistico, la coesistenza antagonista dei gruppi, è credibile che la promozione del sistema esiga, come regola di un confronto leale, la trasparenza della vita associativa». Cfr., ancora: A. MELONCELLI, *Associazioni segrete e diritto di associazione*, cit., pp. 114-115, che si richiama ai principi costituzionali dello Stato di diritto, solidarietà e democrazia, che costituirebbero un «solido fondamento del divieto di segretezza»; V. SICA, *Le associazioni nella Costituzione italiana*, cit., p. 32, per il quale il diritto di associazione «è configurato ed attribuito per la realizzazione di fini ed interessi rilevanti nell'ambito della comunità e dei quali diventi portatore un gruppo, una pluralità determinata o determinabile di cittadini. La norma presuppone una relazione tra associazioni e comunità sia nella loro formazione che per la loro attività. Le associazioni segrete escludono di per sé tale relazione e come tali vanno proibite»). Si vedano altresì gli interventi di numerosi appartenenti alla classe intellettuale dello scorso secolo raccolti nel volume *Inchiesta sulla Massoneria*, Sala Bolognese, Milano, 1925, e le posizioni dei giuristi (tra cui G. Neppi Modona e G. Zagrebelsky) citati da G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 30.

incentrata sul dovere di fedeltà del cittadino nei confronti dello Stato. La segretezza, quale violazione dell'obbligo di trasparenza e di lealtà a quest'ultimo, sarebbe di per sé sufficiente per farne discendere conseguenze giuridiche.

Quasi nessuno, però, sembra avere limitato le valutazioni sulla segretezza ad una dimensione puramente etica e statalista. Più o meno velatamente, ogni riflessione sul capoverso dell'art. 18 Cost. ha sotteso quel giudizio preconcetto di pericolosità dell'associazione segreta. Per quanto la trasparenza rappresenti senza dubbio un valore per il nostro ordinamento, si è sempre percepito che ciò non poteva giustificare l'introduzione di un meccanismo presuntivo che limitasse un diritto fondamentale come la libertà di associazione. Da un punto di vista di teoria dell'ordinamento giuridico, infatti, la presunzione giammai può costituire la regola nell'attività di accertamento della realtà[124], ma solo l'eccezione, per le conseguenze di natura giuridica che può comportare nella vita delle persone. Era fondamentale, dunque, individuare quali interessi fossero posti in pericolo dall'esistenza di un'associazione segreta, se la loro importanza giustificasse lo strumento presuntivo e se la loro tutela comportasse un sacrificio eccessivo per altri interessi coinvolti. Dunque, una tipica questione di conflitto e di bilanciamento di interessi[125].

Si è così affermato – pur sempre nell'ottica di tutela della trasparenza e della democrazia – che la norma costituzionale avrebbe la valenza di un «imperativo politico, rivolto sia ad evitare che si creino vuoti di potere legittimo che possono essere riempiti da altri poteri occulti, sia oggettivizzare e garantire le procedure politico-amministrative perché in esse non possano insinuarsi reti di connivenze inammissibili»[126].

---

[124] Riconduce l'istituto della presunzione alla dimensione e alla teoria generale dell'accertamento A. PALAZZO, voce *Presunzione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 265 ss.

[125] Come osservava G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 30, «Il tema è dunque quello della libertà e della segretezza e cioè della loro reciproca compatibilità».

[126] G. ZAGREBELSKY, *Disarmati contro la setta*, cit., p. 3, il quale prosegue: «Superfluo aggiungere che il divieto di associazioni segrete dovrebbe valere ad impedire quella forma suprema di trasformismo che ha visto servitori dello stato (ministri, pubblici amministratori, ecc.) farsi servitori di un altro stato o di un

Non sono mancate anche prospettive di più ampio respiro, di carattere per così dire "sociale" e "gnoseologico". A fondamento del divieto si è invocato, ad esempio, il *principio dello stato di diritto*, che «nella corrispettività tra dovere di pubblicità e riconoscimento del diritto di libertà» richiede, «a tutela dello Stato, che l'influenza dei singoli sulla sua vita e sulla sua attività avvenga esclusivamente nelle forme garantistiche della conoscibilità»; nonché la clausola generale di *solidarietà* di cui all'art. 2 Cost., che opererebbe da «fondamento al limite della segretezza per il diritto di associazione» e troverebbe conferma nel *dovere di fedeltà alla Repubblica* che incombe su ciascun cittadino ai sensi dell'art. 54 Cost.[127]. Secondo altri, invece, la *ratio* del divieto andrebbe ben al di là degli angusti limiti in cui una concezione ristretta del principio democratico l'avrebbe confinata – ossia ad assicurare il corretto funzionamento dei «metodi di conduzione della lotta politica» –, rinvenendosi nella necessità di garantire alla generalità dei consociati la possibilità di giudizio e di valutazione delle realtà associative che li circondano, per evitare il «disagio di dover convivere con organismi di cui non si conoscono gli scopi» e «l'impossibilità di valutare la congruità dei programmi associativi sotto il profilo della loro utilità sociale e della conseguente opportunità di manifestare o meno il proprio consenso alle iniziative dirette a perseguirli»[128].

controstato sviluppatosi al suo interno». Così già in precedenza A. PACE, *Art. 18*, cit., p. 219, per il quale «la disposizione avrebbe una portata più ampia di gran lunga superiore alla formulazione letterale dell'articolo in commento, venendo essa a testimoniare l'esistenza di un principio essenziale per l'ordinamento, e cioè il divieto che nello Stato possa esistere un altro Stato».

[127] A. MELONCELLI, *Società segrete*, cit., p. 186.

[128] G. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 321, di cui riportiamo per esteso il pensiero: «Il principio democratico, si potrebbe osservare, non si esaurisce nei metodi di conduzione della lotta politica – come presuppone riduttivamente la tesi poc'anzi esaminata – ma postula, ancor prima, la creazione dei presupposti per un giudizio della comunità sociale su qualunque gruppo associativo liberamente costituito nel suo ambito. Far prevalere tale principio su quello della libertà di associarsi al di fuori di condizionamenti derivanti ab externo non significa affatto ritornare al regime di controllo preventivo proprio degli ordinamenti assoluti, ma soltanto evitare che tale libertà si estrinsechi secondo modalità che impedirebbero qualsiasi valutazione da parte della generalità dei consociati circa gli scopi, l'attività e le potenzialità di sviluppo dell'associazione.

Entrambe queste ultime tesi, tuttavia, sembrano inevitabilmente ricondurre al punto di partenza, ossia alla concezione etica del divieto, poiché impostano il discorso o sul rapporto di fedeltà tra il cittadino e lo Stato o tra il cittadino e la società, prescindendo altresì dalla valutazione dell'attività e del fine perseguito dall'associazione che potrebbero essere anche leciti[129].

All'interesse del gruppo ristretto si contrapporrebbe così l'interesse del gruppo sociale più ampio a prendere conoscenza delle iniziative collettive che si svolgono al suo interno, in quanto il loro occultamento determina, non soltanto il disagio di dover convivere con organismi di cui non si conoscono gli scopi, e dei quali non si può escludere, pertanto, la pericolosità, ma anche l'impossibilità di valutare la congruità dei programmi associativi sotto il profilo della loro utilità sociale e della conseguente opportunità di manifestare o meno il proprio consenso alle iniziative dirette a perseguirli. In questa prospettiva, l'interesse a conoscere il programma dell'associazione (supponendo, ora, che si tratti di un programma lecito) non si fonderebbe sul presupposto che questo risulti caratterizzato da una particolare finalità (per esempio, di natura politica) o dall0utilizzazione di determinati mezzi, bensì sull'esigenza più generale di far sì che l'azione degli associati risulti conforme – secondo l'efficace espressione di Mortati – a "quel senso di responsabilità" insito nell'accettare il giudizio della comunità sociale, "che deve contrassegnare l'azione del cittadino in uno stato popolare»" (cfr. anche ID., Societas sceleris. *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, cit., p. 93).

[129] Così, ad esempio, per G. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., pp. 321-322, per il quale anche un'associazione segreta che persegue finalità lecite (es.: religiose) rientrerebbe nel divieto e tutto si risolverebbe in un problema di sanzioni. L'Autore, ritenendo l'interpretazione del divieto costituzionale in termini di "presunzione di illiceità" «teoricamente insostenibile, incapace di adattarsi alla molteplice varietà delle situazioni concrete», si domanda «se sia possibile rinvenire alla base di tale divieto una ratio idonea a giustificarne l'estensione anche alle ipotesi di associazioni con fine lecito da ultimo considerate»; invero, «la circostanza che il programma perseguito dall'associazione segreta presenti un carattere intrinsecamente lecito – se non può impedire che tale associazione possa ugualmente costituire oggetto di divieto – non può certo considerarsi irrilevante allorché si tratti di individuare le conseguenze sanzionatorie applicabili in caso d'inosservanza di tale limite». Secondo l'illustre penalista, allora, «partendo dall'idea che la tutela s'incentri sulle forme democratiche di esercizio della libertà di associarsi, la sanzione del divieto dovrebbe risultare, evidentemente, circoscritta al mero scioglimento dell'associazione. Quest'ultimo, infatti, eliminerebbe il disvalore insito nell'esercizio in forma occulta di tale libertà, senza escludere in alcun modo la possibilità, per gli associati, di ricostituire l'organizzazione in forma palese». In ottica penale, però, si riconosce che se

4.3. È stata forse la debolezza di queste argomentazioni a suscitare reazioni idiosincrasiche nei confronti del precetto costituzionale, legate dalla comune preoccupazione per il potenziale *pregiudizio alla libertà di associazione e alla libertà politica*, libertà quest'ultima che spesso si serve della prima; basti leggere la formulazione dell'art. 49 Cost., che garantisce a tutti i cittadini il «*diritto di associarsi liberamente* in *partiti* per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale».

La questione è importante, anche ai fini del nostro scritto, per due ordini di ragioni. La *prima* è che i discorsi giuridici sull'art. 18 cpv. Cost hanno condizionato l'interpretazione della fattispecie di associazione segreta. La *seconda* è che le obiezioni sollevate con riferimento al divieto costituzionale potrebbero ancora considerarsi valide se lo stesso si ritenga tuttora efficace.

Attualmente, infatti, non è chiaro se la portata precettiva del capoverso dell'art. 18 Cost. si sia definitivamente esaurita con l'introduzione della L. n. 17 del 1982 ovvero mantenga ancora un margine di applicazione (valga cioè per le associazioni segrete che non svolgono «attività diretta ad interferire» sull'esercizio delle funzioni pubbliche). La risposta dipende ovviamente dalla *natura* attribuita alla disposizione costituzionale: se cioè sia una norma c.d. "imperfetta"[130]

«l'interesse alla costituzione palese del vincolo potrebbe risultare adeguatamente soddisfatto attraverso lo scioglimento dell'associazione, non può negarsi, tuttavia, che soltanto la necessità di tutelare interessi ulteriori possa giustificare l'introduzione di un divieto di costituire associazioni segrete, per il quale venga prevista la possibilità di irrogare una sanzione privativa della libertà personale». Per S. CASSARINO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., pp. 227-228, nt. 9, se generalmente le associazioni segrete perseguono scopi illeciti, potendo risultare persino superfluo il divieto di cui al cpv. dell'art. 18 Cost., «non si può escludere teoricamente che si abbiano finalità lecite (come nell'ipotesi di finalità contrarie alla morale dominante o alla religione, che vogliano tenere occulte per apprezzabili motivi di ordine pubblico)»; l'Autore, però, conclude che «il legislatore ha voluto colpire le associazioni segrete indipendentemente dallo scopo sostanziale».

[130] Con riferimento alle disposizioni costituzionali si parla di "norma precettiva di applicazione diretta ma non immediata". In argomento si rinvia a: G. AZZARITI, *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, in *Foro it.*, 1956, Vol. 79, Parte IV, c. 1 ss.; S. DE FINA, *Natura ed efficacia delle norme costituzionali*, in *Foro it.*,

o dal carattere "programmatico"[131], ovvero sia una norma di immediata e diretta applicazione[132] (in tal caso, si poneva e si pone la

1953, Vol. 76, Parte IV, c. 25 ss. Secondo U. NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte*, cit., pp. 2500 e 2501, ad esempio, la legge Anselmi costituirebbe una legge di «interpretazione legislativa autentica», per cui «Nessun'altra associazione potrà considerarsi segreta e vietata ai termini della Costituzione, se non presenti le caratteristiche descritte nell'art. 1 della legge n. 17 del 1982»; allo stesso tempo, però, l'Autore rileva che la legge «ha effettuato una drastica riduzione dell'ambito di applicabilità del divieto costituzionale; meglio forse si direbbe, ne ha attuato un sostanziale svuotamento».

[131] Questa è notoriamente la posizione di VEZIO CRISAFULLI che, nella Relazione del "Comitato dei tre saggi", sostenne che l'art. 18 Cost., «pur non avendo carattere "programmatico", ma contenuto e sostanza precettivi, in quanto direttamente rivolto ai cittadini, non sarebbe tuttavia suscettibile di immediata operatività, abbisognando dell'intervento di apposite norme legislative (o comunque della presenza nell'ordinamento di norme conformi ai nuovi principi costituzionali), che ne determinano per prima cosa l'oggetto con la necessaria precisione, per prevenire possibili arbitrii», concludendo che «quali associazioni possano, in deroga al principio fondamentale dell'art. 18, essere vietate, deve essere stabilito una volta per tutte, cosi come esige la certezza del diritto» (*Relazione del comitato amministrativo di inchiesta*, cit., punto V, par. 27). La stessa posizione fu espressa in precedenza dal Presidente del Governo Spadolini nelle *Dichiarazioni programmatiche del Governo* (*Resoconto stenografico*, n. 344, della seduta di martedì 7 luglio 1981, Atti parlamentari della Camera dei Deputati – VIII Legislatura, p. 30738), e, successivamente, da G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 28, che parlava di «divieto "programmatico", che abbisogna, per operare in concreto, di una legge di attuazione». Secondo C.A. TESTI, *Le associazioni segrete. Attualità di un problema*, in *Giust. pen.*, 1981, 7, II, cc. 431-432, dal capoverso dell'art. 18 Cost. si ricaverebbe «l'obbligo dei responsabili o dei rappresentanti delle associazioni di fornire alla Autorità richiedente notizie sulla propria esistenza, sullo scopo sociale, sulla composizione propria e degli organi sociali, nonché sulla ubicazione della sede o delle sedi e dei luoghi di riunione, proprio perché il divieto imposto alle associazioni di essere segrete, implica il comando di rendersi palesi». Dubbioso F.C. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, cit., p. 437 ss., il quale si è chiesto se la proibizione delle associazioni segrete si esaurisse in un divieto negativo di segretezza ovvero fosse necessario od opportuno che il legislatore stabilisse un positivo obbligo di pubblicità, per dare completa attuazione al precetto costituzionale. Nella *giurisprudenza*, ha attribuito valore programmatico alla divieto costituzionale App. Genova, 27 giugno 1960, Soc. Urbs c. Prov. di Genova, cit.

[132] Così, ad esempio, per: S. CASSARINO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., il quale, nonostante ritenesse l'art. 18 Cost. bisognevole «di un completamento attraverso ulteriori specificazioni» (p. 233), affermava che «il divieto

questione del tipo di conseguenza giuridica). Pertanto, il discorso che

delle associazioni segrete, anche se *in iure condendo* ha bisogno di leggi integratrici, *in iure condito* è norma immediatamente applicabile, non contenendo nessun rinvio esplicito alla legge futura, né presupponendo l'esistenza di enti od organi non ancora costituiti» (pp. 235-236); A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*[2], Milano, Giuffrè, 1992, p. 366, per il quale, «anche al di là delle fattispecie disciplinate dalla l. n. 17/1982, l'art. 18 comma 2 Cost. conserva un suo ambito di immediata ed autonoma operatività» (si riporta l'esempio, tratto da un caso concreto, del datore di lavoro che può legittimamente rifiutare la prestazione lavorativa del dipendente qualora questi, per la provata partecipazione ad una associazione segreta, abbia danneggiato l'immagine dell'azienda); L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., pp. 166-167, per i quali «La disposizione dell'art. 18 della Costituzione che colpisce le associazioni segrete come tali, indipendentemente dall'attività svolta dall'istituzione o dai suoi componenti, consente chiaramente un provvedimento legislativo dissolutorio che prescinde da ogni previo accertamento di responsabilità penale, in quanto la segretezza costituisce di per sé stessa oggetto del divieto costituzionale e fonte di illegittimità»; P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., p. 746; A. SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., pp. 18-19. In una via di mezzo si è posto A. GUSTAPANE, *Il limite della segretezza alla libertà di associazione*, cit., pp. 73 e 74, secondo cui «l'art. 18, al secondo comma, pare potersi ricomprendere nella categoria delle norme precettive ad applicazione differita per il loro contenuto implicito (in quanto si riferiscono alla attribuzione a dei soggetti giuridici di poteri o di doveri nuovi il cui esercizio in concreto può avvenire solo sulla base di una disciplina non rinvenibile nell'ordinamento precedente) solo parzialmente, in quanto contempla una fattispecie definita e completa (consistente nell'obbligo di palesare quegli elementi necessari per il rispetto del metodo democratico imposto a tutte le associazioni politiche lecite), la cui realizzazione in concreto è disciplinata da una regolamentazione civile e amministrativa già rinvenibile nell'ordinamento anteriore alla l. 22 gennaio 1982 n. 17. […] Si può, quindi, fondatamente configurare il disposto costituzionale in esame come norma precettiva ad applicazione parzialmente immediata (o parzialmente differita, è la stessa cosa) esprimente il principio fondamentale per l'ordinamento giuridico che nello stato non può esistere un altro stato occulto, alternativo o connivente a seconda dei casi». Nella *giurisprudenza*, ha riconosciuto all'art. 18 cpv. Cost. natura precettiva e di immediata applicazione: Cass. civ., Sez. un., 30 gennaio 1985, n. 557, cit., per la quale, «*a parte la ormai superata distinzione concettuale fra norme costituzionali programmatiche e precettive, ciò che rileva, ai fini che si considerano, è il contenuto del comando giuridico espresso, che non consente equivoci circa la perentorietà del divieto e il suo carattere di assoluta attualità nell'ordinamento giuridico*» (punto n. 6); in precedenza Pret. Napoli, 28 novembre 1948, cit.

nel prosieguo verrà svolto al tempo passato può essere trasposto al tempo presente se si considera l'art. 18 cpv. Cost. ancora efficace[133].

4.4. Ad esprimersi polemicamente contro il divieto di segretezza è stato il civilista Giovanni Battista Ferri, il quale, in uno storico scritto sulle associazioni segrete, ritenendo il divieto «incomprensibile»[134], sottolineò più volte che con questo «si colpisce l'*essere* (o meglio un *modo* di essere), quello appunto segreto, non già l'*agire* (illecito) dell'associazione», in contrasto con la tradizione giuridica che, in tema di associazioni, considerava «la valutazione, nei termini di illiceità e di liceità, con riferimento innanzitutto alle attività e ai fini che esse perseguono», e non ai modi di essere «delle persone o dei gruppi che le attività svolgono», i quali «possono semmai rilevare indirettamente e cioè soltanto come ulteriore ed accessorio elemento di valutazione di un'azione già di per sé precedentemente valutata in termini di liceità-illiceità»[135].

Il rischio sarebbe stato quello di far ricadere nel divieto ogni genere di organizzazione di individui che, per varie ragioni e per i più diversi fini non illeciti, non avessero palesato la propria esistenza.

---

[133] Così, ad esempio, per P. PETTA, *Reati associativi e libertà di associazione*, cit., p. 202, e per G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., pp. 36-37, che, dopo l'introduzione della legge Anselmi, ha affermato che l'ordinamento contemplerebbe due tipi di associazione segreta: quella che svolge attività diretta all'interferenza contemplata dalla L. n. 17 del 1982, che costituisce «una specifica e circoscritta ipotesi di associazione segreta», e quella vietata dall'art. 18 Cost., che «rappresenta invece un'ipotesi generale, anche se generica; non riferibile alle sole associazioni che abbiano rilevanza costituzionale. […] Il divieto costituzionale appare avere una portata generale e colpisce ogni tipo di associazione segreta».

[134] G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 21 (e poi a p. 32 ove afferma: «Cosa abbia indotto il legislatore costituente ad affermare tale principio resta ambiguo e non chiaro»).

[135] *Op. cit.*, p. 20, e poi pp. 28, 33 e 36. Secondo A. MELONCELLI, *Società segrete*, cit., p. 200, la legge Anselmi sarebbe incorsa nella «riduzione della segretezza, che è un aspetto dell'organizzazione, e dunque un mezzo, ad una finalità determinata», commettendo un «errore di impostazione per trasferirsi dalla sfera della libertà di organizzare l'associazione a quella della libertà di associarsi, operando una mutilazione inammissibile dell'art. 18, c. 2, pr. 1, CI».

A stretto rigore, infatti, si dovevano ritenere vietate, ad esempio, «non soltanto le associazioni e i circoli in cui si proiettano film erotici o le associazioni tra professionisti e imprenditori che si scambino lecitamente clienti o si aiutino negli affari senza commettere alcun reato o alcuna infrazione della deontologia professionale, ma anche quelle associazioni caritatevoli, nelle quali gli associati, per ragioni, ad esempio, di devozione, intendano conservare l'anonimato all'esterno e tra loro»[136]. E ancora potevano attrarsi nel divieto «i c.d. gruppi di scalata alle cariche sociali, che si formano nelle società per azioni; i gruppi che si formano tra imprenditori per intese con le quali ci si spartiscono mercati, produzioni, uso di brevetti e così via, cioè i cartelli e le intese occulte; i gruppi che agiscano nel campo culturale o religioso nell'intento di svolgere attività di proselitismo per fini di potere»[137]. Poteva considerarsi segreta persino «una società commerciale che ometta di iscriversi nel registro delle imprese o alla camera di commercio, o che manchi di dare la dovuta pubblicità ai propri bilanci e al mutamento dell'assetto proprietario, o che con mezzi che l'ordinamento qualifichi come illeciti (ad es. mediante l'interposizione di un non residente) nasconda l'identità dei veri titolari della azioni o quote sociali»[138]. E financo «una società cinofila,

[136] G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 35 (richiamandosi all'esempio formulato da G. BRANCA, *I segreti della P2. Gelli e il «Licio»*, in *Il Messaggero* del 9 giugno 1981, in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., p. 39). Il Ferri, paventando il rischio «di ricadere tutti nel divieto costituzionale», si domandava: «Come limitare i danni di questo caos legislativo? Come circoscrivere il potere (altrimenti assoluto e senza controllo) di valutazione e qualificazione del giudice? Come, dunque, tutelare il cittadino da strumentalizzazioni o soprusi?. Le soluzioni non sono semplici e non possono essere definitive; si tratta di tentare di razionalizzare, al meno peggio, una materia già di per sé forse non razionalizzabile e che i più recenti interventi legislativi hanno (se possibile) reso ancor meno razionale» (*op cit.*, pp. 35-36).

[137] M.S. GIANNINI, *Una legge sbagliata per sciogliere la «Loggia P2»?*, in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., pp. 75-76, con riferimento al disegno di legge allora in discussione alla Camera. Per l'Autore questi casi, e molti altri, costituivano "gruppi di potere non palesi" e non associazioni segrete.

[138] A. PACE, *Art. 18*, cit., p. 217, il quale esclude categoricamente questa possibilità in ragione della mancanza di un obbligo generalizzato di pubblicità.

di cui non tutti i soci si conoscono tra loro, potrebbe essere dichiarata segreta perché essa con la sua attività tende, tra l'altro, ad influire sull'attività del servizio veterinario comunale!»[139].

Dal pregiudizio alla libertà di associazione, come detto, avrebbe potuto facilmente derivarne un nocumento alla libertà politica, e con essa anche alla libertà di opinione. Compromettendo la riservatezza delle associazioni e degli individui che ne fanno parte, un'applicazione rigorosa del divieto poteva condurre a derive antidemocratiche, essere cioè strumentalizzata per reprimere il dissenso politico, in spregio al diritto di associarsi liberamente per concorrere a determinare la politica nazionale (art. 49 Cost.). Come si riconosce comunemente, infatti, i partiti e in generale i movimenti politici (da considerarsi ricompresi nella previsione costituzionale) agiscono in parte, almeno nelle fasi iniziali, nel riserbo[140].

---

[139] C. CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 197, secondo il quale «in presenza di quella formulazione legislativa un'associazione può divenire segreta a seguito di una decisione dello Stato di estendere la propria attività in un determinato settore della vita sociale. Con una tale decisione passa dalla sfera privata a quella pubblica una determinata attività e, per ciò solo, un'associazione che opera in quel settore viene ad interferire sull'esercizio delle pubbliche funzioni. Di conseguenza degli associati diventano penalmente responsabili a seguito di una decisione assunta dagli organi dello Stato di ampliare la sfera dell'interesse pubblico». Del tutto improprio appare comunque l'accostamento fatto dal Tribunale civile di Milano, 28 marzo 1990, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 786 ss. (v. punto n. 2), con nota critica di L. Farenga, per il quale il c.d. "sindacato di voto" – classico esempio di "patto parasociale" –, nel caso in cui abbia un carattere molto esteso, tale da rappresentare una "società nella società", sarebbe assimilabile all'associazione segreta operante all'interno di associazioni palesi.

[140] M.S. GIANNINI, *Relazione introduttiva*, cit., p. 10, commentando il disegno di legge rilevava che l'occultamento dei soci «è una vicenda che si avvera in molti partiti politici, sezioni di partiti, sindacati», e che «con questa norma, domani che cambiasse il tipo di governo qualsiasi sindacato, partito politico, associazione lecita potrebbe divenire perseguibile, dal Governo medesimo, in quanto contenente associazioni segrete». Anche G. ZAGREBELSKY, *Disarmati contro la setta*, cit., p. 3, sottolineava il problema dei partiti politici, da sempre ostili «nei confronti di qualunque regola esterna» e rispetto ai quali «la conoscenza degli iscritti è problematica e, tuttavia, democraticamente necessaria», evidenziando la «difficoltà, politica prima ancora che tecnica, di attuazione dell'art. 18 laddove vieta le associazioni segrete». Così anche per P. PETTA, *Reati associativi e libertà di associazione*,

Il pericolo per la libertà politica è stato quello più avvertito dalla dottrina, anche perché, in base ad argomentazioni storiche e sistematiche, era (e continua ad essere) opinione dominante che le associazioni segrete fossero vietate dai Costituenti non tanto perché perseguissero fini illeciti, ma in quanto "associazioni politiche", come le associazioni paramilitari che, appunto, sono proibite perché «*perseguono, anche indirettamente, scopi politici*» (art. 18, co. 2, Cost. e, poi, art. 1 D.Lgs. n. 43 del 1948).

In definitiva, la segretezza, oltre ad afferire al profilo della riservatezza del singolo affiliato, rappresenterebbe in certi casi una vera e propria *necessità* per il perseguimento degli scopi associativi, come tale da tutelare[141].

L'introduzione della legge Anselmi non ha attenuato, anzi forse ha accentuato, le inquietudini della dottrina. Si è proseguito nel

cit., p. 203, con riferimento particolare all'inciso "anche all'interno di associazioni palese", che risulterebbe pericoloso «nel momento in cui è frequente la costituzione, in seno ai partiti, di collegamenti non palesi tra persone e gruppi in qualche modo emarginati dalla direzione effettiva del partito» (cfr. anche pp. 208-209). Sul tema attualissimo della trasparenza dei partiti politici si veda T.S. GIUPPONI, *Trasparenza e «metodo democratico» nella più recente legislazione sui partiti politici. Un'attuazione indiretta dell'art. 49 Cost.?*, 2019, in *www.forumcostituzionale.it*.

[141] G. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., pp. 320-321, per il quale «l'affermazione tranchante che in un ordinamento liberaldemocratico il vincolo della segretezza, in presenza di uno scopo lecito, non avrebbe ragione di esistere, si rivela, ad un più attento esame, quanto meno artificiosa. Essa può giustificarsi, infatti, nel contesto di una società ideale […]. Una società, insomma, molto lontana dall'esperienza degli ordinamenti contemporanei: i quali appaiono invece caratterizzati dal predominio crescente degli apparati di partito (o di altri gruppi di potere) in ogni settore della vita pubblica, e dalla tendenza, che a questo sovente si accompagna, ad isolare ed emarginare le minoranze dissenzienti, o, in alternativa, ad indurle di fatto a confluire negli stessi gruppi dominanti, rinunciando con ciò a perseguire autonomamente i propri obiettivi. In tale contesto, non potrebbe certo destare stupore il fatto che un'associazione con finalità lecite cerchi di sottrarsi al rischio dell'alternativa tra la perdita della propria identità e il destino dell'emarginazione culturale e sociale, svolgendo segretamente la propria attività allo scopo di espandersi e consolidarsi in un gruppo capace in un futuro di difendere la propria autonomia e il proprio ruolo sociale. Ciò potrebbe verificarsi, non soltanto per associazioni con scopo politico, ma anche, ad esempio, per organismi di ispirazione religiosa».

denunciare le potenzialità illiberali del divieto per la libertà associativa e politica[142], mentre, in un'ottica *lato sensu* politica – quasi paradossale rispetto a quella *stricto sensu* politica – si è messo in guardia dal rischio di ricondurre al fenomeno dell'associazionismo segreto anche le *lobbies*, organizzazioni lecite nel nostro ordinamento ma considerate da alcuni come frutto della crisi della democrazia e del fallimento della politica[143].

[142] Cfr., ad esempio: M.S. GIANNINI, *Una legge sbagliata per sciogliere la «Loggia P2»?*, cit., p. 74, il quale, criticando il disegno di legge, temeva che ricadessero nel divieto, nonostante si trattasse di "gruppi di potere non palesi", anche «i gruppi che all'interno di un partito politico o di un sindacato si costituiscano intorno a delle personalità con il fine di avere il potere; i gruppi che sempre in un partito o in un sindacato si costituiscano intorno ad un segretario locale, talvolta ponendo in essere pratiche scorrette, per esempio per far figurare degli iscritti ai fini della consistenza del gruppo»; P. NUVOLONE, *Oscure minacce alla democrazia*, su *Il Tempo* del 19 gennaio 1982, in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., p. 80, per il quale con la legge «si vuol creare una arma per uccidere sul nascere quei partiti e quelle organizzazioni politiche e culturali, che non siano gradite a un regime di partiti che vogliono monopolizzare, su qualsiasi banco siedano, il potere»; A. LISERRE, *Commento all'art. 1 l. 25 gennaio 1982, n. 17*, cit., p. 1230, per il quale «il divieto *assoluto* di ogni riservatezza verso l'esterno sull'identità, anche parziale, dei soci, mentre appare gravemente lesivo della libertà di associarsi di quanti volessero, per ragioni apprezzabili (ad esempio, di devozione trattandosi di associazioni caritatevoli, o di comprensibile ritegno nel caso di associati affetti da qualche menomazione, ecc.) circondare di discrezione la loro adesione ad un gruppo, rischia, per ciò stesso, di moltiplicare oltre il lecito le potenzialità applicative del divieto»; A. GUSTAPANE, *Il limite della segretezza alla libertà di associazione*, cit., pp. 72, 76 e 77, il quale però ritiene ciò costituzionalmente corretto, ma nell'ottica della finalità *lato sensu* politica perseguita dall'associazione segreta. Anche in fase di lavori preparatori fu espressa tale preoccupazione (cfr. l'intervento del senatore G. Spadaccia riportato nel *Resoconto stenografico* della 303ª seduta pubblica di mercoledì 5 agosto 1981, cit., pp. 16208-16209, il quale si chiese: «quale è l'associazione politica che non nasce per interferire?»).

[143] Cfr., *ex plurimis*: P. PETTA, *Reati associativi e libertà di associazione*, cit., 1984, p. 203, per il quale la legge Anselmi avrebbe «fatto terra bruciata attorno ai partiti ed ai gruppi di pressione tradizionali»; e, più di recente, A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., p. 132 ss., per il quale «Il vuoto legislativo in materia di *lobbies* e la discrezionalità dell'apprezzamento giudiziale dei connotati di segretezza creano i presupposti perché il campo di applicazione del delitto di associazione segreta, di difficile dimostrazione sul piano probatorio-processuale,

4.5. Le ulteriori obiezioni mosse al divieto di associazioni segrete si sono fondate su considerazioni di ordine teorico e pratico, incentrare su fattori che avrebbero accentuato il rischio di applicazioni illiberali del disposto costituzionale.

In primis, la «notevole ambiguità» dell'espressione "associazione segreta"[144], sulla quale si sono susseguite le più disparate opinioni, in particolar modo, in ordine all'*oggetto* della segretezza (quest'ultima deve coprire, cumulativamente o alternativamente, gli associati, i capi, le cariche sociali, la sede, lo statuto e i regolamenti, le attività, la struttura, l'organizzazione, i mezzi, i fini ovvero l'esistenza dell'associazione?); nonché al suo riflesso esterno o interno (è necessaria la mancata conoscenza tra gli associati ovvero solo tra questi ultimi e i capi ovvero tra gli associati e gli altri elementi citati?)[145]. Pur se si è sempre concordato sulla necessaria

possa essere esteso a realtà ontologicamente ben distanti da quelle delle logge massoniche deviate. Le maggiori criticità sono, infatti, poste da situazioni meno eccezionali e sempre più riconducibili a una immarcescibile "normalità istituzionale" quale è quella delle congregazioni politiche o dei gruppi di interesse che detengono il controllo dell'apparato di potere. […] Come ha dimostrato la recente riscoperta accusatoria della legge "Anselmi", una volta attivata, la logica del sospetto dischiude un piano inclinato che, in difetto di una apposita regolamentazione del traffico di influenze, rischia di trascinare nella sfera di punibilità forme patologiche ed espressioni fisiologiche dell'azione di rappresentanza di interessi particolari» (p. 134). Non è mancato, tuttavia, chi ha denunciato che un «grave difetto» della legge Anselmi sarebbe consistito proprio nel non aver tenuto in considerazione le «ipotesi di interferenza illecita sui poteri dello stato con organizzazioni palesi (il c.d. *lobbyng*)»: così A. SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., p. 37.

[144] G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 19, per il quale «si è finito per considerare il divieto contenuto nel 2° comma dell'art. 18 Cost. una presenza simbolica, peraltro non ingombrante; come sovente sono quelle che scaturiscono da formule legislative che affidano la propria autorevolezza, la propria credibilità alla sibillinità del loro contenuto» (p. 20).

[145] Il dibattito sorse già in Assemblea Costituente. Nella seduta del 10 dicembre 1946 si discusse se la segretezza riguardasse il tenere celato lo statuto o gli elenchi dei soci, ovvero, com'era preferibile, «che questa caratteristica rappresenti lo scopo precipuo di tale società» (On. C. Caristia); si propose allora di proibire quelle associazioni «che hanno consacrato nel loro statuto il vincolo della segretezza» (On. A. Moro), ma si replicò che «qualunque specificazione potrebbe essere incompleta» e che «se si sancisce il divieto delle associazioni che nel loro statuto consacrino il

"volontarietà" della stessa[146] e sul criterio di "proporzionalità"[147], il problema è stato risolto dall'introduzione della legge Anselmi che ha fornito una definizione di associazione segreta (art. 1); ma, come accennato, rimane fermo l'interrogativo se il divieto costituzionale continui ad avere efficacia.

---

vincolo della segretezza, le società che vorranno mantenersi segrete, non introdurranno nel loro statuto tale norma», ritenendosi quindi preferibile «che la Costituzione si debba limitare ad un'affermazione normativa generale che indirizzi la vita, la legge, il costume del Paese, riservando al legislatore di stabilire gli elementi caratteristici delle associazioni che si vogliono proibire» (On. U. Tupini). Si concordò, comunque, nel ritenere che «si deve vedere il fatto sostanziale, vale a dire l'intenzione della società di essere segreta» (On. A. Moro), che «l'unico criterio distintivo potrebbe essere quello di ritenere segrete quelle associazioni che tendono a non far conoscere la propria esistenza» (On. F. De Vita) e che «Il carattere della segretezza deve essere essenziale alla natura dell'associazione e non deve riguardare i particolari del suo funzionamento» (On. A. Moro). Nella seduta dell'11 aprile 1947, si propose anche il seguente emendamento: «*Sono proibite quelle associazioni che, per tener celata la loro sede, per non compiere nessun pubblico atto che accerti della loro esistenza, per tener celati i principî che esse professano, debbono considerarsi associazioni segrete e, come tali, incompatibili in un disciplinato regime di libertà*» (On. U. Della Seta). Particolarmente interessante la soluzione di G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 36, il quale ha proposto di distinguere tra segretezza come "*finalità collettiva*" dell'associazione, giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 18 Cost., e segretezza in funzione di "*interessi* e *finalità individuali*" dei singoli associati, che non configura un'associazione segreta ed è invece riconducibile alla riservatezza e all'anonimato.

[146] Cfr.: S. CASSARINO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., pp. 231-232; A. PACE, *Art. 18*, cit., p. 218; M.S. GIANNINI, *Relazione introduttiva*, cit., pp. 8-9 e 10; ID., *Una legge sbagliata per sciogliere la «Loggia P2»?*, cit., p. 74; G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 36; P. NUVOLONE, *Oscure minacce alla democrazia*, cit., p. 80. In sede costituente si vedano gli interventi svolti nella seduta del 10 dicembre 1946 dagli On. F. De Vita, A. Moro, P. Mancini. *Contra* C. CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 196, argomentando dalla previsione nella legge Anselmi della confisca dei beni dell'associazione segreta (art. 3). In *giurisprudenza* ha consacrato questo orientamento Cass. civ., Sez. un., 30 gennaio 1985, n. 557, cit., per la quale «*La segretezza per essere costituzionalmente proibita, deve coinvolgere la stessa esistenza dell'associazione nel suo complesso e nella sua identità sostanziale, nel senso cioè che essa deve essere "voluta" come strumento di attuazione del fine, anche se poi ad un certo punto della sua esistenza il fatto che la medesima si sia costituita con quelle particolari caratteristiche divenga di pubblico*» (punto n. 6).

[147] A. MELONCELLI, *Società segrete*, cit., p. 193 ss.; ID., *Associazioni segrete e diritto di associazione*, cit. p. 119 ss.

In secundis, sussisteva un problema di carattere pratico. Il divieto previsto dal capoverso dell'art. 18 Cost. finiva per imporre a tutte le aggregazioni stabili di individui un *obbligo di palesarsi*, al fine di non essere considerate associazioni segrete[148]. Ma qui si innestava un vero e proprio "cortocircuito giuridico", determinato dalla mancanza nel nostro ordinamento di un *regime di pubblicità* (es.: iscrizione in appositi registri)[149] o, comunque, dell'*indicazione delle modalità di palesamento* (es.: mezzi, tempi, soggetti, ecc.)[150], e alimentato dal riconoscimento del diritto alla riservatezza costituzionalmente garantito.

Come è stato autorevolmente osservato, in mancanza di un regime di pubblicità, «in linea di principio non vale il concetto per cui sia segreto ciò che non è denunciato all'autorità»[151]. Le due dimensioni

[148] Come osservava V. SICA, *Le associazioni nella Costituzione italiana*, cit., p. 34: «Proibire la segretezza o, meglio, le associazioni segrete significa affermare l'inverso, come risulta in primo piano dalla stessa configurazione del diritto di associazione, che le associazioni devono *esternare* il proprio fine».

[149] L'iscrizione nel Registro delle persone giuridiche (o in altri albi) costituisce solo un *onere* per conseguire l'autonomia patrimoniale perfetta (mediante il riconoscimento della personalità giuridica) e giovare di alcuni benefici legali, soprattutto di natura fiscale. Attualmente la materia è regolata dagli artt. 14 ss. del Codice civile e dal *Codice del Terzo settore*" di cui al D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

[150] Cfr., ad esempio, A. LISERRE, *Commento all'art. 1 l. 25 gennaio 1982, n. 17*, cit., il quale osserva che «Non è dato comprendere, difatti, né secondo quali modalità (onore specifici di registrazione, notorietà di fatto, ecc. ecc.), né verso quali beneficiari (generalità dei cittadini, soggetti determinati, pubbliche autorità, amministrative, giurisdizionali, ecc. ecc.) la auspicata conoscenza della associazione debba essere assicurata e indirizzata». Il problema era stato sollevato anche da G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 31.

[151] Così M.S. GIANNINI, *Circa talune pronunce amministrative concernenti la Loggia P2*, cit., p. 52, richiamando l'orientamento dominante, espresso tra gli altri da G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 31, per il quale dal divieto costituzionale «non può certo desumersi un implicito o indiretto dovere di pubblicità», e soprattutto da A. PACE, *Art. 18*, cit., p. 217, per il quale «è infatti necessario sgomberare il campo da un equivoco ricorrente, e cioè che con la disposizione in commento la Costituzione abbia imposto un obbligo generalizzato di pubblicità. Se così fosse non si sarebbe elevata la segretezza a contenuto di una libertà costituzionale, e non si riterrebbe generalmente meritevole di proposito apprezzamento la riservatezza (con il corrispondente "segreto") che avvolge usualmente lo svolgimento di attività professionali, economiche, industriali». Così anche per L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto*

della segretezza e della riservatezza, l'una vietata e l'altra tutelata, «le cui linee di demarcazione non sono sempre precisabili con sicurezza», necessitavano di un «coordinamento» che né la normativa costituzionale né quella ordinaria hanno saputo operare[152].

4.6. Ora, è evidente che le critiche mosse al divieto costituzionale sottendevano un intento, cioè quello di affermare la necessità di accertare il *fine* perseguito dall'associazione segreta. Solo l'individuazione dello scopo poteva scardinare il meccanismo presuntivo alla base del divieto[153]. Un fine, d'altro canto, deve pur

dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982), cit., p. 101, per i quali «la volontà di segretezza non può coincidere con l'assenza di pubblicità»; A. SUMMA, *Poteri occulti e istituzioni democratiche. Il divieto di associazioni segrete*, in *Parlamento*, 1990, 1-2, p. 49, per il quale il divieto di segretezza si concretizza «in un obbligo per l'associazione di palesarsi, di mostrarsi, in un obbligo di pubblicità. In ogni caso ciò non deve essere inteso come un obbligo generale di pubblicità, determinato in astratto per tutte le associazioni e soprattutto per ogni elemento di queste»; C. CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 198, secondo il quale «con la l. n. 17 il divieto di associazione segreta da limite strutturale diviene condizione risolutiva di liceità, nel senso che l'associazione se non rende pubblici tutti gli elementi indicati dalla legge per l'individuazione dell'associazione segreta rischia di vedersi qualificata tale, soltanto perché svolge un'attività potenzialmente idonea ad influire sui pubblici poteri. Ma tutto ciò contrasta con il principio generale che i cittadini si possono associare "liberamente" e "senza autorizzazione"; e che, quindi, le associazioni possono svolgere "liberamente" la loro attività in vista di scopi non vietati dalla legge penale. Per non incorrere nei rigori della l. n. 17 l'associazione invece deve rendere pubblici lo scopo, l'attività e gli iscritti, cioè tutti quegli elementi la cui mancata pubblicità, secondo i Costituenti, non valeva a rendere segreta l'associazione. Solo così essa può considerarsi libera, ottemperando cioè ad una prescrizione legislativa che, non concretandosi in un limite, contrasta con il principio di libertà di associazione»; con una conseguenza per certi versi assurda: «se le associazioni vogliono avvalersi del loro diritto alla riservatezza non possono svolgere un'attività idonea ad influire sull'esercizio di pubbliche funzioni, cioè di perseguire lo scopo per cui sono nate; se al contrario vogliono svolgerla devono rendere pubblica attività, fini e iscritti» (pp. 192-193).

[152] Così per G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 34.

[153] Come rilevato da P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, cit., pp. 241-242, «Tutto il dibattito sulla previsione costituzionale è appunto ruotato intorno al questio se l'art. 18 abbia configurato la segretezza come limite indipendente dalla valutazione dell'elemento teleologico, ed agli interrogativi sulle istanze che, nel

sempre sussistere essendo connaturale alle realtà associative[154], anche illecite.

sistema costituzionale, sono a fondamento, ed insieme circoscrivono, una così ampia configurazione del divieto delle associazioni segrete». Imposta il discorso sull'accertamento dell'esistenza di un "programma associativo", «comprensivo degli aspetti "strumentali" (e cioè dei mezzi) e "finali" (e cioè dello scopo, laddove quest'ultimo non si esaurisca negli stessi mezzi, a causa dell'assenza di una finalità più ampia che trascenda le singole attività associative) G. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 318, il quale osserva che «il problema fondamentale affrontato dalla dottrina concerne l'interrogativo se la segretezza del programma debba assumere rilevanza in sé e per sé — e cioè a prescindere da una verifica in concreto circa il suo contenuto — ovvero soltanto quando tale programma risulti caratterizzato da una particolare finalità, solitamente identificata nel perseguimento di un obiettivo rilevante sul piano politico». Anche per l'Autore «appare dunque chiaro che il divieto di segretezza debba essere valutato nella sua specifica portata, ponendolo soprattutto in relazione all'esigenza di conoscere i suddetti requisiti finalistici dell'associazione. Più precisamente, occorrerà domandarsi quali interessi possano considerarsi violati dal segreto in ordine a tali elementi, e, in seconda battuta, quale sanzione debba considerarsi maggiormente idonea a reprimere le associazioni dirette concretamente ad offenderli».

[154] Considerano lo "scopo comune" un elemento costitutivo e strutturale del diritto di libertà di associazione: L. FERRAJOLI, Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, cit., p. 344; P. BARILE, voce *Associazione (diritto di)*, cit., pp. 838-839; G. ABBAMONTE, voce *Libertà costituzionali*, cit., p. 314, per il quale «la libertà di associarsi comporta la scelta del fine». A. PACE, *Art. 18*, cit., p. 202, ad esempio, individua quattro scopi perseguibili da una associazione: «civile, politico, economico, sociale»; secondo l'Autore, «Non solo, quindi, i circoli ricreativi, le associazioni sportive, le accademie di pitture, musica e poesia trovano, in questo articolo, la loro garanzia costituzionale; ve la rinvengono (in aggiunta, se del caso, a quella altrove individuabile), le confessioni religiose, i sindacati, le associazioni e i partiti politici, le associazioni con scopo economico diretto o indiretto, le società commerciali, le società tra professionisti, i consorzi tra imprenditori» (p. 204). S. CASSARINO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 227 e nt. 8, elenca le «associazioni politiche, sindacali, economiche, religiose, culturali, ricreative, sportive, associazioni dirette ad organizzare festeggiamenti, mostre, esposizioni, soccorsi, beneficenze, o a promuovere opere pubbliche, e che in genere vanno sotto il nome di comitati», avvertendo però che «L'elencazione non è certo completa, né d'altra parte una completezza è possibile, poiché l'associazione può perseguire gli scopi più vari, specie nel nostro ordinamento, in cui si permette ogni fine consentito dai singoli, purchè non sia in contrasto con la legge penale». La *American Convention on Human Rights* del 1969 individua tra le finalità ("*purposes*") perseguibili quelle «ideologiche, religiose, politiche, economiche, di lavoro, sociali, culturali, sportive o

Sulla distinzione tra fine lecito e illecito si è, del resto, fondata la discussione sulla *natura assoluta* o *relativa* della presunzione, introdotta nel dibattito per rimediare al formalismo della legge. Propendendo per la natura relativa, infatti, mediante l'inversione dell'onere della prova, un'associazione segreta poteva considerarsi vietata se non fosse riuscita a dimostrare che la segretezza non era strumentale a un'attività illecita[155].

altre» (art. 16). In ambito sociologico, sull'importanza dei fini delle organizzazioni, si veda A. ETZIONI, *Sociologia dell'organizzazione*, Bologna, il Mulino, 1967, p. 15 ss.

[155] In questo senso si è espresso G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 37, che considera il divieto costituzionale ancora efficace per tutte le società segrete che non svolgono attività di interferenza, e, per evitare che si pervenga ad una soluzione aberrante, ha proposto di considerarla una presunzione *relativa*: «La mentalità, la cultura, il modo di ragionare che sembrano aver espresso e fare da sfondo a questo articolo e alle sua corrente interpretazione (quelli per cui il segreto ha un suo grado di pericolosità, dal momento che costituisce una sorta di *habitat* privilegiato per l'agire illecito) non possono essere interpretate in modo, oltre il necessario, esasperato ed ottuso. In sostanza l'art. 18 Cost. potrebbe leggersi ed intendersi nel senso che un'associazione che abbia quei caratteri di segretezza […] è vietata se non riesce a provare che la propria segretezza non è strumentale o di copertura ad un'attività illecita». *Contra*, invece: V. SICA, *Le associazioni nella Costituzione italiana*, cit., p. 31, per il quale la proibizione doveva considerarsi «*assoluta* e non relativa; conseguentemente non ne è limitabile l'identificazione»; A. PACE, *Art. 18*, cit., pp. 218-219, per il quale è più plausibile che si tratti di una «presunzione assoluta di illiceità anche in assenza di scopi vietati». G. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 320, afferma invece che, ritenendola come una presunzione assoluta, «il disposto dell'art. 18 si rivelerebbe, in effetti, intrinsecamente antinomico. La presunzione assoluta di una finalità illecita non può escludere, infatti, che possano concretamente verificarsi casi di associazioni, che, pur se dirette ad un fine lecito, ritengano opportuna una tutela più intensa della propria sfera di riservatezza. In questi casi, il 2° co. Dell'art. 18 finirebbe, non tanto con l'estendere il divieto stabilito dal 1° co., quanto, piuttosto, col vanificarne sostanzialmente la portata. Invero, risulterebbe difficile conciliare l'affermazione solenne che l'associazione può essere colpita solo se diretta ad un fine criminoso, con la contestuale previsione di un meccanismo suscettibile di condurre a conseguenze repressive di segno esattamente opposto. D'altronde, non può non lasciare perplessi l'idea che la Costituzione abbia adottato, in materia di associazioni segrete, uno schema repressivo del tutto analogo a quello dei codici della Restaurazione. Invero, se la scelta di colpire l'associazione sulla base del semplice "sospetto" della sua illiceità si poneva perfettamente in linea con le tendenze autoritarie proprie di tali codici, essa appare, viceversa, del tutto incompatibile con

Ma, arrivati a questo punto, era facile incorrere nel seguente inconveniente: se per giustificare il divieto si richiedeva l'illiceità del fine[156], e per illiceità si intendeva esclusivamente quella "penale"[157] – come intuitivamente si era indotti a pensare[158] –, si sarebbe svuotato di contenuto lo stesso capoverso dell'art. 18 Cost., il cui primo comma già proibisce le associazioni che perseguono «*fini vietati ai singoli dalla legge penale*»[159].

un ordinamento saldamente ancorato ai principi di materialità ed offensività del reato, ed al riconoscimento costituzionale della "personalità" della responsabilità penale». Secondo l'Autore, però, anche attribuire natura relativa alla presunzione avrebbe un inconveniente: «pur dando atto della maggiore plausibilità di tale impostazione, essa verrebbe, ancora una volta, a privare di un contenuto autonomo la previsione costituzionale relativa alle associazioni segrete. Invero, qualora si accertasse che l'associazione non persegue scopi illeciti, essa, ancorché segreta, non andrebbe incontro ad alcuna responsabilità. Ove invece l'associazione non fornisse la prova della sua liceità, la sua perseguibilità – per quanto semplificata dal meccanismo "presuntivo" – si fonderebbe pur sempre sullo stesso divieto di associarsi per fini illeciti già previsto dal 1° co. Dell'art. 18. La segretezza, insomma, non rappresenterebbe mai il vero fondamento della responsabilità» (cfr. ID., *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 144 ss.). Cfr., sul punto, anche L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 117.

156 Per coloro che nella dottrina pubblicistica hanno sostenuto che l'operatività del divieto fosse inscindibile dall'illiceità del fine si vedano gli Autori citati in P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, cit., p. 242, nt. 213.

157 Così, ad esempio, P. BARILE, voce *Associazione (diritto di)*, cit., p. 845, per il quale «Lo Stato, in altre parole, lascia la più ampia libertà di associazione ai singoli, ma pretende – in omaggio ad un rispettabile canone etico – che essi non gli nascondano la loro attività associata, in modo che più agevole risulti il controllo sulla conformità dei fini alla legge penale». E, in *giurisprudenza*, App. Genova, 27 giugno 1960, Soc. Urbs c. Prov. di Genova, cit., per la quale «debbono reputarsi proibite solo quelle associazioni che, svolgendo istituzionalmente attività specifica in violazione delle leggi penali, debbono considerare l'assoluta segretezza come una condizione imprescindibile della loro stessa esistenza».

158 E come si potrebbe essere ancora indotti a ritenere. Sarà magari un caso di scuola ma non può escludersi che gli individui si associno (segretamente o non) per commettere illeciti amministrativi.

159 Cfr. A. PACE, *Art. 18*, cit., p. 218; G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., pp. 143-144; ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 320.

Ora, la L. n. 17 del 1982, dando attuazione al secondo comma dell'art. 18 Cost., almeno *prima facie* sembra aver soddisfatto l'esigenza di bilanciare il rigore del dettato costituzionale con l'individuazione del fine, richiedendo che l'associazione non solo persegua la finalità di interferire sulle pubbliche funzioni ma altresì che svolga un'attività a ciò diretta. Ma, come ribadiamo, i problemi sollevati dal capoverso dell'art. 18 Cost. possono ritenersi attuali se si considera ancora efficace il divieto in esso contenuto.

4.7. Per concludere sul punto, non possiamo però esimerci dal rilevare che, a distanza di svariati decenni dall'introduzione della Costituzione e della legge Anselmi, le preoccupazioni sollevate dalla dottrina si sono rivelate eccessive[160].

Se è pur vero che, sulla carta, la stringata disciplina dell'art. 18 cpv. Cost. risulta meno liberale e garantista delle precedenti leggi di pubblica sicurezza[161] – che, come si ricorderà, sottoponevano l'irrogazione di sanzioni, anche penali, all'evasione della richiesta di informazioni della pubblica autorità, motivata per di più da «ragioni di ordine o di sicurezza pubblica»[162] –, non sembra che nel nostro Paese sia siano verificate restrizioni illiberali e arbitrarie della libertà associativa e politica a causa del divieto costituzionale. Inoltre, prima della legge Anselmi, anche a fronte di un'applicazione rigorosa del divieto – fondata cioè su una presunzione assoluta di illiceità, che prescindesse quindi dall'accertamento del fine (direttamente da parte dell'autorità, o, con inversione dell'onere della prova, da parte degli associati)[163] –, in virtù del principio di legalità, l'unica conseguenza

[160] La lesione della riservatezza o della segretezza sarebbe comunque consentita in caso di indagini giudiziarie; molto più pericolosa, da questo punto di vista, è certamente la divulgazione di notizie e dati personali attraverso i mezzi di comunicazione di massa, che espongono l'indagato/imputato ad un deplorevole "*show* mediatico".

[161] Così A. GUSTAPANE, *Il limite della segretezza alla libertà di associazione*, cit., pp. 76.77.

[162] Secondo un procedimento "logico-ontologico", che cioè presuppone la libertà come fondamento naturale della società e che, fino al momento in cui l'autorità non imponga per ragioni cogenti il palesamento, è legittimo mantenere il segreto.

[163] Così, ad esempio, per A. PACE, *Art. 18*, cit., pp. 218-219.

sarebbe stata lo scioglimento dell'associazione e l'eventuale confisca dei beni[164] – com'è accaduto per la Loggia massonica P2 –, essendo esclusa una qualsiasi forma di responsabilità penale degli affiliati, se non previo accertamento che l'associazione perseguisse fini vietati ai singoli dalla legge penale. In definitiva, un'associazione segreta con scopi leciti che per ordine dell'autorità fosse stata disciolta avrebbe dovuto ricostituirsi come un'associazione palese. Sicuramente un ostacolo alla libertà di associazione, ma senza costi particolarmente eccessivi[165].

Considerazioni in parte analoghe valgono per la legge Anselmi, la cui applicazione è stata del tutto insignificante e l'unica recente condanna, non definitiva, per il reato di associazione segreta ha riguardato fatti inseriti in un contesto di comune criminalità "politico-amministrativa"[166], nella classica ottica del tornaconto personale.

4.1. (Segue) *L'associazione segreta si muoverebbe nella dimensione del "politicamente rilevante". Origine, sviluppo e critiche dell'orientamento dominante*

4.1.1. Le penetranti critiche mosse al divieto di cui all'art. 18 Cost. non hanno, tuttavia, impedito di conferirgli un significato quanto più compatibile con l'assetto dei valori costituzionali. Superando l'inconveniente di considerare le associazioni segrete come (presunte)

[164] Cfr.: A. MELONCELLI, *Società segrete*, cit., p. 197, per il quale l'unica soluzione era quella dello scioglimento dell'associazione, da disporre mediante decreto legge (art. 77 Cost.) o mediante una legge-provvedimento – come è accaduto con la L. n. 17 del 1982 per la P2 –, oltre alle sanzioni indirette che colpiscono i membri dell'associazione in qualità di pubblici dipendenti; G. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 321.

[165] Si consideri, tuttavia, che il divieto costituzionale è stato posto a base della responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti per l'appartenenza a logge massoniche (cfr. la giurisprudenza citata in nt. 13).

[166] Usando una espressione che allude genericamente al «fenomeno costituito dall'intreccio di interessi tra attività economiche, funzioni amministrative e classe politica, con un reciproco condizionamento illecito, sia a livello centrale, sia nel contesto delle autonomie locali»: G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa*, in AA.VV., *Potere e responsabilità nello Stato costituzionale. Prospettive costituzionalistiche e penalistiche*, Atti del convegno, Messina 11 marzo 2011, Torino, Giappichelli, 2011, p. 108 ss. (anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2, p. 584 ss.).

associazioni criminali e per evitare specularmente che nel divieto rientrasse qualsiasi associazione che perseguisse fini "leciti", si è pervenuti alla conclusione che il divieto in parola concernerebbe la sfera del "politicamente rilevante", nel senso che le associazioni segrete vietate sarebbero solo quelle che perseguono "scopi politici", analogamente alle associazioni paramilitari, vietate in quanto «*perseguono, anche indirettamente, scopi politici*»[167].

L'origine dell'orientamento, tuttora dominante, è incerto. Potrebbe essere sorto da «un'interpretazione del pensiero del costituente»[168]; oppure essere maturato in ragione dalla stretta contiguità con il divieto di costituire associazioni paramilitari inserito nel medesimo

[167] Espressione ripresa dall'art. 1, co. 1, del D.Lgs. 14 febbraio 1948, n. 43, recante "*Divieto delle associazioni di carattere militare*", che recita nel modo seguente: «*Chiunque promuove, costituisce, organizza o dirige associazioni di carattere militare, le quali perseguono, anche indirettamente, scopi politici, è punito con la reclusione da uno a dieci anni*». L'avverbio "indirettamente" è stato inteso nel senso «o che gli scopi stessi sono indirettamente politici […] o che l'associazione stessa persegue i suoi scopi, che sono politici nel senso pieno della parola, servendosi "indirettamente" della organizzazione militare»: P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 740-741, il quale rilevava che, nel secondo caso, si farebbero rientrare nel divieto «una serie di ipotesi che certamente il Costituente ha voluto colpire: si pensi alla molteplicità di organizzazioni collaterali di cui si sono serviti, negli scorsi decenni, certi movimenti eversivi, e soprattutto quelli di matrice pangermanistica (associazioni folkloristiche, sportive, combattentistiche, ecc.)».

[168] G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 32, che si richiama all'idea accennata dall'On. A. Moro durante i lavori preparatori della 1° Sottocommissione dell'Assemblea Costituente. Dovrebbe trattarsi, nello specifico, della proposta formulata dal compianto giurista nella seduta del 10 dicembre 1946 («*Le associazioni che perseguono fini politici mediante un'organizzazione militare o col vincolo del segreto sono vietate*»), ma il pensiero sembra ricondursi all'On. R. Lucifero, il quale, in un intervento di poco precedente a quello del Moro, precisò che, essendo il concetto di associazione segreta «troppo vago e tale da dare adito ad errate interpretazioni da parte degli organi di polizia con conseguenti abusi», «si dovrebbe invece aver riguardo al fine che queste associazioni segrete perseguono, precisandosi che sono proibite le associazioni aventi un fine politico che possa minacciare o minare la Costituzione dello Stato». Nella stessa seduta, anche l'On. M. Cevolotto dichiarò che «La proibizione deve perciò rivolgersi principalmente a quelle società che segretamente tendono a minare la compagine dello Stato e che agiscono contro la legge».

comma dell'art. 18 Cost.[169]; ovvero, ancora, potrebbe essere espressione della «peculiare relazione che corre tra la libertà di associazione e il fenomeno politico»[170]; oppure infine – ipotizza lo scrivente – può essere dovuta alla previsione del divieto in Costituzione, che rappresenta la "tavola dei valori" della forma di stato repubblicana e democratica, quindi della *forma politica* del Paese.

Nei discorsi giuridici sull'art. 18 Cost. non è infrequente, in particolare, il richiamo all'art. 49 Cost.[171], che riconosce il «*diritto di*

[169] Questa tesi, espressa come vedremo dal costituzionalista Alessandro Pace, sarebbe secondo G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 33, quella da cui è sostanzialmente sorto l'orientamento in parola.

[170] F. RIGANO, *Art. 18*, cit., p. 414. Ad esempio, per G. MIELE, voce *Associazione (diritto di)*, cit., p. 1016, era proprio il diritto di libertà di associazione a dover essere limitato, in quanto è «un'attività che, esplicata in forme disordinate, potrebbe travolgere la compagine politica e permettere i peggiori eccessi». Secondo C. CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., pp. 195-196, «nel maggior numero dei casi lo scopo è proprio quello di incidere sull'esercizio di pubbliche funzioni».

[171] Cfr., *ex plurimis*: P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., p. 744, per il quale era probabile «stabilire una connessione diretta tra il divieto del segreto, di cui all'art. 18, e l'imperativo del "metodo democratico" di cui all'art. 49. È chiaro, infatti, che nel *Parteienstaat* riconosciuto dalla nostra Costituzione devono vigere forme di lotta politica che sono incompatibili con l'azione occulta e sotterranea delle società segrete»; M.S. GIANNINI, *Associazioni segrete e gruppi di potere*, cit., p. 1763, per il quale «L'art. 18 si collega cioè con l'art. 49, che pone il principio dell'associazione palese e organizzata democraticamente per ogni attività avente fini politici diretti o indiretti. Quindi non tutte le associazioni segrete, ma solo quelle che si propongono fini politici con volontà di segreto»; C. CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., pp. 189-190; L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 79; G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, cit., pp. 186 ss. e 196 ss. Più di recente, F. RIGANO, *Art. 18*, cit., p. 414, ha rilevato che «La tutela della sfera politica – ed in particolare della democrazia – appare, del resto, il filo conduttore che lega questa previsione [art. 18, comma 2, Cost.] a quella dell'art. 49 e alla XII disp. fin., che vieta la ricostituzione del disciolto partito fascista», per cui «non si può non riconoscere in queste norme l'intento di preservare le regole democratiche nell'attività politica». Per A. PACE, *Art. 18*, cit., p. 219, nt. 19, invece, l'interpretazione «più riduttiva», che fa leva sul collegamento con l'art. 49 Cost., risulta «meno convincente, perché meramente confermativa di una norma, quella sul metodo democratico, già altrimenti deducibile». Nella medesima ottica non sono mancati richiami all'art. 39 Cost., a

associarsi liberamente in partiti politici» per determinare la politica nazionale attraverso il c.d. «metodo democratico» (inteso, in particolare, come limite di azione *esterno*)[172], formula che compendia un insieme di principi e di idee – tra cui quelli di trasparenza, lealtà, collaborazione, libero confronto, pacifica lotta politica, non-violenza, maggioranza, responsabilità individuale, ecc. –, molti dei quali costituiscono «doveri dei cittadini» (così la rubrica della Parte I della Costituzione)[173]. Ma è sempre stato chiaro a tutti che il divieto non potesse indirizzarsi ai soli movimenti politici – *in primis* i partiti – che avessero agito segretamente (per finalità ovviamente "politiche")[174].

Sta di fatto che, per quel che ci interessa, questo *background* di pensiero ha indotto molti, seppur con sfumature differenti, a ricondurre ad una "dimensione politica" anche il reato di associazione segreta, che, del resto, è stato introdotto per dare "attuazione" dell'art. 18 Cost., come recita il titolo della L. n. 17 del 1982.

---

cagione della «influenza dei sindacati (sia di lavoratori che di datori di lavoro) nella determinazione della politica economica»: così L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 79.

[172] Cfr. G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, cit., p. 186 ss.

[173] Senza però, si è detto, che ciò venga a configurare un sistema di c.d. «democrazia protetta», poiché il divieto non porrebbe alle associazioni politiche «ulteriori illiceità rispetto alla regola generale del co. 1 in ragione dei fini perseguiti, ma solamente in relazione alle modalità organizzative, non richiede adesione ai valori democratici, ma "lealtà di comportamento" nella vita pubblica»: G.E. VIGEVANI, voce *Associazione (libertà di)*, cit., p. 480. Così anche per F. RIGANO, *Art. 18*, cit., p. 414. Sul concetto di "democrazia protetta", si vedano: S. MERLINI, *Democrazia protetta e democrazia conflittuale: i casi dell'Italia e della Rft*., in *Dem. e dir.,* 1989, 1-2, p. 365 ss.; I. ROSSINI, *"Democrazia protetta" e "leggi eccezionali": un dibattito politico italiano (1950-1953)*, in *Dimensioni e problemi della ricerca storica*, 2011, 2, p. 75 ss.

[174] Come ha rilevato A. MELONCELLI, *Società segrete*, cit., p. 188 ss., il richiamo all'art. 49 Cost. non sarebbe fondato, in quanto «è sufficiente osservare non solo che le due norme hanno destinatari diversi – i partiti politici l'art. 49 e le mere associazioni politiche l'art. 18 – ma anche che nella prescrizione del metodo democratico per i partiti si potrà vedere tutt'al più un rafforzamento di segretezza previsto per le associazioni in generale, ma mai una restrizione del divieto di segretezza, previsto per tutte le associazioni, ad alcune soltanto di esse».

4.1.2. Ora, tutto sta a comprendere cosa si intende per "politicamente rilevante". La locuzione, infatti, esprime un concetto piuttosto vago e generico, quanto quello da cui trae origine, ossia il concetto di "politica"[175]. Ciò è testimoniato, ad esempio, dalle varie definizioni di "associazione politica" che sono state fornite dalla dottrina.

Secondo alcuni sarebbe tale quella che mira «ad esercitare un'azione sull'indirizzo di governo, sull'ordinamento delle classi sociali, sulle varie manifestazioni della vita pubblica», che non siano tipiche delle "associazioni morali" – che «tendono al perfezionamento morale dei singoli» (es.: associazioni con fini educativi, d'istruzione, di assistenza, di beneficenza, di protezione, associazioni religiose, circoli di divertimento, sportivi, venatori, ecc.) –, e di quelle "economiche" –

[175] Lo sottolinea chiaramente G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 31, che evidenzia la «difficoltà di circoscrivere, nella concreta realtà, ciò che è politico da ciò che non lo è, potendosi sussumere alla sfera del "politico" tutto e il contrario di tutto»; per l'Autore, inoltre, la limitazione del divieto alle sole associazioni segrete che abbiano rilevanza politica, «pur condivisibile in astratto, non sembra poter avere un riscontro testuale specifico e rimane un'ipotesi non necessariamente risolutiva nel caso concreto; dove la difficoltà di tracciare sicure e nette linee di demarcazione tra segretezza, privacy e discrezione rende possibile, anche pretestuosamente, sussumere il caso concreto all'una o all'altra fattispecie indifferentemente e senza neppure un particolare sforzo di fantasia» (p. 35). Similmente si è espresso P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., p. 740: «Cosa significhi "perseguire scopi politici" può non essere sempre chiaro, nella misura in cui la "politica" abbraccia ormai quasi ogni campo della vita sociale: se poi si parla anche di perseguirli "indirettamente", la determinazione della attività interessate appare ancora più problematica. Certo rientrano in questa categoria di associazioni i partiti, e tutte quelle associazioni che si propongono di influire sulla pubblica opinione e sulle istituzioni statali in ordine ad uno o più specifici problemi; sembra però conforme allo spirito della norma un'interpretazione più lata, che ricomprenda anche quelle associazioni la cui attività si propone di influire sull'assetto generale del corpo sociale attraverso l'azione diretta: *exempli gratia* un'organizzazione sindacale che, ispirandosi a concezioni oggi abbastanza diffuse, si proponesse di trasformare con la sua azione non solo i rapporti contrattuali di lavoro subordinato, ma più in generale i rapporti di potere tra le classi sociali». Per le innumerevoli implicazioni del concetto di "politica", che non ci permettiamo neppure di accennare, si rinvia per tutti a N. BOBBIO, voce *Politica*, in *Dizionario di Politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, Utet, 2016, p. 712 ss.

che sono invece «destinate alla difesa d'interessi economici, di categoria o della produzione» –[176]. In un'accezione ancora più ampia si è affermato che la «rilevanza politica» si avrebbe «quando un'associazione si propone finalità che producono effetti sulla "vita politica" intesa in senso ampio (comprensiva, cioè, non solo di quella dello Stato, e dei pubblici poteri, ma anche di associazioni sindacali, imprenditoriali, e di tutti quei gruppi che hanno enti esponenziali, i quali agiscono nella società civile del nostro tempo)»[177].

In un'accezione più ristretta, invece l'associazione politica, di cui il partito politico rappresenterebbe una *species*, sarebbe quella che si prefigge «"il raggiungimento di singole determinate o puntuali decisioni od orientamenti su problemi particolari" – come ad esempio, l'approvazione della legge sul divorzio, o la modifica del sistema elettorale –»[178].

In una posizione intermedia, infine, l'associazione che persegue "scopi politici" è stata definita come «ogni associazione la quale tenda ad influire od a determinare la politica nazionale o ancora l'indirizzo politico del Governo»[179], ovvero ancora come quella che influisce «sulla formazione della pubblica opinione e sugli indirizzi del potere legislativo»[180].

Le variegate definizioni dimostrano quanto sia scivoloso e incerto riferirsi alla sfera della "politica".

4.1.3. Pionieri dell'orientamento in parola sono stati, negli anni Settanta, PAOLO PETTA e ALESSANDRO PACE, uno dei massimi teorici del diritto di associazione, che fecero leva su un argomento di carattere *sistematico*.

---

[176] G. MIELE, voce *Associazione (diritto di)*, cit., pp. 1420-1421, il quale però precisa che si tratta di una distinzione non rigorosa, «potendo un'associazione proporsi, accanto a fini economici, anche fini politici o morali, o fini politici e morali insieme, e così via: i sindacati, ad es., possono proporsi di svolgere accanto all'attività di tutela degli interessi di categoria, anche un'attività politica, assistenziale, d'istruzione».

[177] M.G. GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete. Profili penali*, cit., p. 34.

[178] G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, cit., p. 176.

[179] V. SICA, *Le associazioni nella Costituzione italiana*, cit., p. 32.

[180] G. TAMBURINO, *Le associazioni*, cit., p. 419.

Quando il problema posto dal capoverso dell'art. 18 Cost. era ancora «di solito trascurato», anche perché «certamente secondario nelle condizioni in cui si svolge oggi la lotta politica», il Petta, in un noto scritto sulle associazioni anticostituzionali, affermava che «l'origine del divieto, e la storia lo dimostra, è prettamente politica»[181]. L'Autore prospettava «una connessione diretta tra il divieto del segreto, di cui all'art. 18, e l'imperativo del "metodo democratico" di cui all'art. 49», da cui si ricavava che nella Costituzione «devono vigere forme di lotta politica che sono incompatibili con l'azione occulta e sotterranea delle società segrete: il sistema democratico si fonda infatti sulla pubblicità dei dibattiti, sul libero confronto o – come è stato detto – sul "libero scambio di idee", laddove l'associazione segreta, quand'anche non abbia un vero e proprio carattere cospirativo in vista di un'azione eversiva, prediligerà il metodo dell'infiltrazione silenziosa nell'apparato statuale, e – cosa ancor più ripugnante, rispetto ai principi del sistema – del *noyautage* delle altre organizzazioni»[182]. Ecco che, dunque, «il divieto delle associazioni segrete – o, per meglio dire, la richiesta di pubblicità in cui questo divieto si traduce – acquista un preciso rilievo politico: esso è al tempo stesso un mezzo di difesa dell'ordinamento giuridico contro i movimenti antidemocratici, e una garanzia, offerta a tutti i partiti politici, di rispetto delle "regole del giuoco"»[183].

Sulla medesima scia, Alessandro Pace, nella prima edizione del *Commentario della Costituzione* (1977)[184], affermava che la disposizione del secondo comma dell'art. 18 Cost. aveva «valenza squisitamente politica»[185], e «una portata di gran lunga superiore alla formulazione letterale dell'articolo in commento, venendo essa a testimoniare l'esistenza di un principio essenziale per l'ordinamento, e cioè il divieto che nello Stato possa esistere un altro Stato»[186]. L'effetto,

[181] P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., p. 743.
[182] *Op. cit.*, p. 744.
[183] *Op. cit.*, p. 745.
[184] A. PACE, *Art. 18*, cit., p. 191 ss.
[185] *Op. cit.*, p. 220.
[186] Situazione che, secondo l'Autore, si verrebbe a creare «allorché la occulta ramificazione di una associazione in ogni settore pubblico o privato della comunità

quindi, sarebbe stato «duplice»: il divieto in parola «non solo vieterebbe l'esistenza di associazioni segrete ma, ricollegandosi ai limiti della sovranità popolare e all'unità della Repubblica, costituirebbe un grave monito per i legittimi governanti a non creare vuoti di potere politico, lasciando quindi crescere, nell'opinione pubblica, l'incertezza sull'efficienza e la sufficienza dell'apparato statale»[187]. Per l'Autore, dunque, la conclusione è stata che «il disegno sotteso alla formulazione del secondo comma sia unitario»: così come le associazioni paramilitari, anche quelle segrete erano vietate in quanto perseguivano, direttamente o indirettamente, scopi politici[188]. Il pensiero dell'Autore non muterà con l'introduzione della legge Anselmi[189].

determini nei soci la tracotante pretesa – e negli estranei (tra cui se ne sussurri l'esistenza) il timore – di detenere un potere e un'autorità capaci di agevolmente sostituirsi, e con maggiore efficacia, all'azione statale» (*op. cit.*, p. 219).

[187] Per cui, secondo l'Autore, vi sarebbe da chiedersi, «con riferimento anche alle associazioni segrete che mirino, con la loro azione, a sostituirsi allo Stato, se sia contestabile il comportamento del cittadino che cerchi di vivere in pace tanto con l'organizzazione legittima del potere, quanto con l'organizzazione illecita (ma non meno efficace), se è la pace ciò cui egli maggiormente aspiri» (*op. cit.*, p. 219).

[188] *Op. cit.*, p. 219: «Come le associazioni cui è proibito organizzarsi militarmente sono solo quelle aventi, anche indirettamente, finalità politiche, così anche le associazioni segrete che il Costituente mirava a proscrivere non possono essere altro che quelle le quali, anche indirettamente, perseguano finalità politiche. Fuori dalla sfera del "politico" il divieto di segretezza non sembra infatti avere alcun senso, non potendosi certo pretendere dalle comuni associazioni a delinquere che esse agiscano "pubblicamente", e cioè informando previamente le pubbliche autorità e rendendo i terzi consapevoli circa il numero e l'identità dei soci, circa la propria organizzazione, i mezzi di finanziamento e gli obiettivi effettivamente perseguiti».

[189] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*[2], cit., p. 366 ss. (che riprende senza modifiche la precedente edizione *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni (Parte speciale – II)*, cit., p. 359 ss.). Basandosi sulla differenza tra il primo e il secondo comma dell'art. 18 Cost., l'Autore ha ribadito che le associazioni segrete «sono proibite non perché perseguono "un fine vietato ai singoli dalla legge penale", ma per le modalità organizzative (costituzionalmente vietate) con le quali esse perseguono un fine (in ipotesi) lecito» (*op. cit.*, p. 366). L'illiceità penale del "fine", infatti, «destituisce di ogni autonomo fondamento il problema della segretezza, o meno, dell'associazione a delinquere», la quale «è vietata perché penalmente illecita, a prescindere dalle sue modalità organizzative. Ma non così l'associazione segreta che persegua un fine lecito» (*op. cit.*, p. 367). Sorgerebbe, dunque, la seguente

Diciamo subito, però, che l'argomento che fa leva sulla vicinanza topografica tra i divieti di associazioni paramilitari e di associazioni segrete è stato facilmente criticato perché in palese contrasto col dato letterale. Nel capoverso dell'art. 18 Cost., infatti, si utilizza la congiunzione "e" che separa le due tipologie di associazioni[190], ma soprattutto gli scopi politici sono chiaramente riferiti alle sole associazioni paramilitari[191].

domanda: «che senso ha proibire un'associazione che persegua fini leciti solo perché coperta dal segreto?». Questa la risposta: «la Costituzione si preoccupa di predisporre gli strumenti normativi perché non vi sia uno Stato nello Stato; vale a dire che dentro le strutture statali non si creino centri di "potere occulto" potenzialmente alternativi a quelli democraticamente eletti», e che, dunque, l'associazione segreta, «pur perseguendo, attualmente, scopi leciti (finalità religiose o filantropiche, ad esempio), possa, un domani, utilizzare la sua occulta ramificazione nei gangli della p.a. e dei settori privati della comunità, per trasformarsi in un potere alternativo che persegua, direttamente o indirettamente, scopi politici» (*op. cit.*, p. 367). Considerando altresì che la "pubblicità" non è un valore costituzionale assoluto, il divieto di segretezza «non ha alcun senso (costituzionalmente rilevante) […] se riferito, ad esempio, ad associazioni segrete di operatori economici, di cultori della pornografia, di scienze occulte o di satanismo: tali associazioni – finché i loro membri non si proporranno degli obiettivi politici – saranno illecite non perché "segrete", ma solo se si dimostrerà che le attività concretamente poste in essere sono specificamente vietate ai singoli dalle leggi penali» (*op. cit.*, p. 367).

[190] Cfr., sul punto, A. MELONCELLI, *Associazioni segrete e diritto d'associazione*, cit., p. 113.

[191] Così secondo G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 33, per il quale la tesi «ha indubbiamente una sua attendibilità», tuttavia che ad essa «si può credere, ma per atto di fede, perché la realtà testuale del secondo comma dell'art. 18 Cost., nella separazione che opera tra associazione segrete e organizzazioni a carattere militare indurrebbe piuttosto a considerare il riferimento agli scopi politici perseguiti, come limitato esclusivamente a queste ultime. […] Dunque nel sistema abbozzato dalla Costituzione la segretezza è colpita in sé, è colpita, cioè, come modo di essere delle associazioni, o, come è stato affermato, come "modo di esercizio dell'attività associativa"». In questo senso, nella dottrina penalistica, G. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 319, rilevando che «Se è vero, infatti, che il perseguimento di uno scopo politico è più frequente nelle associazioni militari — o, quanto meno, ricorre con pari frequenza sia nelle organizzazioni segrete che in quelle militari — non si comprende per quali ragioni l'art. 18 Cost. si sia preoccupato di menzionare espressamente tale scopo soltanto per queste ultime»; inoltre, «la difficoltà di attribuire un disegno coerente alla norma costituzionale si ripresenterebbe ugualmente, anche muovendo da un punto di vista

4.1.4. La tesi in parola è stata avallata anche dalle Sezioni unite civili della Corte di cassazione nella metà degli anni Ottanta[192], oltre ad essere stata seguita da numerosi Autori che, seppur con sfumature differenti, si sono richiamati alla "dimensione politica" dell'associazionismo segreto così come normativizzato nel divieto costituzionale[193]. Tra questi il grande MASSIMO SEVERO GIANNINI[194],

opposto a quello ora ipotizzato. In effetti, anche qualora si dovesse ammettere – in accordo con la tesi criticata – che la necessità di un divieto costituzionale delle associazioni militari e segrete possa ragionevolmente prospettarsi solo in presenza di una finalità di natura politica, la formulazione dell'art. 18 risulterebbe, ancora una volta, inadeguata – non più *per difetto* — ma *per eccesso*. Dato l'inscindibile collegamento tra la natura segreta o militare dell'organizzazione e il perseguimento di scopi politici, la norma costituzionale avrebbe dovuto, infatti, limitarsi a proibire le associazioni segrete e militari *tout court*, senza richiedere espressamente – né per le une né per le altre — la presenza di uno scopo che risultava già insito nella stessa ratio della prescrizione limitatrice».

[192] Cass. civ., Sez. un., 30 gennaio 1985, n. 557, cit., che, condividendo l'orientamento dominante e valorizzando il dato sistematico (cioè la presenza nella medesima disposizione delle associazioni paramilitari e gli artt. 39, co. 3, e 49 Cost., quali «principi ispiratori»), ha dichiarato che «*trattandosi di una limitazione ad un diritto di libertà costituzionalmente garantito, s'impone una interpretazione di carattere restrittivo ed il limite medesimo è pienamente giustificato solo in quanto l'agire segreto sia idoneo a ledere o a mettere in pericolo interessi di rilevanza politica, per i quali si impongono la chiarezza e la trasparenza dell'attività*»; lungi perciò «*dal richiedere che l'associazione persegua scopi illeciti o si proponga, comunque, finalità sovversive nei confronti delle istituzioni, poiché lo scopo illecito è già vietato nel 1° comma dell'art. 18 Cost.*», il capoverso di quest'ultimo articolo, «*al contrario intende in ogni caso proibire le associazioni segrete qualunque sia il fine politico in concreto perseguito, ancorché si tratti di scopi di interferenza sull'apparato dei pubblici poteri e sullo svolgimento dell'attività politica, che miri ad ottenere un preteso miglioramento delle istituzioni vigenti*» (punto n. 6).

[193] Cfr., ad esempio: C. CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 189 ss.; A. GUSTAPANE, *Il limite della segretezza alla libertà di associazione*, cit., pp. 71-72 e 77; G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, cit., p. 178 ss., per la quale, con riferimento all'art. 18 Cost., «il divieto di segretezza corrisponde ad una *ratio* di carattere politico»; G. PIOLETTI, voce *Società (associazioni) segrete*, cit., che, sulla sica del Pace, ha evocato la rilevanza politica delle associazioni segrete facendo leva su un'interpretazione sistematica, sorretta da una argomentazione *ab absurdo*; secondo l'Autore, nonostante l'art. 18 Cost. non faccia riferimento agli "scopi politici" per le associazioni segrete, se non si ritenesse che anche queste ultime, come quelle paramilitari, perseguono scopi politici, «non solo si valorizzerebbe un dato parziale delle società segrete, e all'evidenza strumentale

rispetto ai fini, ma ad esse si proibirebbero tutti quei fini non vietati ai singoli dalla legge penale che il 1° comma dell'art. 18 Cost. proclama che gli associati possono liberamente perseguire. In breve: la libertà organizzativa è strumentale rispetto al raggiungimento del fine associativo e i limiti posti ad essa devono trovare ragione in fini associativi vietati. Ed è qui che soccorre la disposizione della Costituzione che unisce nella proibizione le società segrete e quelle che perseguono scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare, proibizione che deve avere un fondamento comune. Invero, come queste ultime sono proibite in considerazione di una data organizzazione tesa ad uno scopo politico, così le società segrete non possono essere proibite per il modo di essere se non in vista di uno scopo che esse perseguono. In tal modo le proibizioni convergono nel fine vietato, appunto quello politico, che non si può perseguire con associazioni segrete o armate. […] Concludendo: il legislatore, con la legge del 1982, non solo ha ritenuto che il divieto di associazioni segrete richiedesse norme che lo rendessero operante, ma nel dare ad esso attuazione, con aderenza alle intenzioni espresse dal Costituente, ha circoscritto il divieto stesso a quelle associazioni segrete che tendono ad interferire nel politico» (pp. 446-447). Entrambi i divieti, quindi, avrebbero un «fondamento comune» individuato «nel fine vietato, appunto quello politico, che non si può perseguire con associazioni segrete o armate» (p. 446). Così anche per L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., pp. 21-22, per i quali l'associazione segreta – che comunque «configura una scelta di libertà», «anche se eccezionale rispetto al modello organizzativo comunemente adottato» – contrasterebbe con i *principi democratici* sotto un duplice profilo: da un lato, in ragione dei «danni che un abuso della libertà potrebbe cagionare a interessi protetti, nell'ottica, tipica nei rapporti economici, dei limiti alla libertà di concorrenza (art. 41, comma 2° Cost.)» –come avviene nel caso dei cartelli di imprese –, dall'altro, per «un insanabile contrasto con i fini e le regole dell'assetto democratico dello Stato»; le associazioni segrete eluderebbero, infatti, «le norme del gioco democratico» e violerebbero il principio personalistico (art. 2 Cost.), in quanto «la non conoscenza di aspetti importanti dell'associazione impedisce di verificare all'interno e all'esterno (nei suoi rapporti con lo Stato-comunità) il funzionamento di due meccanismi fondamentali delle democrazie: il regolare succedersi delle assemblee e il principio maggioritario che assieme compongono l'essenza della democrazia, positivamente individuata nella sovranità popolare (art. 1, comma 2° Cost.)» (pp. 22-23); per tali motivi l'associazione segreta si inscriverebbe all'interno della dimensione del "politicamente rilevante", «di cui l'assetto costituzionale può indicare i confini con ben maggiore certezza di quella ricavabile dall'esegesi della incoerente tipologia delle interferenze di cui all'art. 1 della legge sulla P2» (p. 23). Più di recente cfr.: V. DE SANTIS, *Il divieto di istituire associazioni segrete. Obblighi di trasparenza dei dipendenti pubblici e tutela del pluralismo associativo*, cit., p. 9 ss.; F. RIGANO, *Art. 18*, cit., p. 415, per il quale «Dalla disciplina legislativa emerge anzitutto la conferma che l'art. 18, 2° co.,

e, più di recente, il gius-pubblicista UGO DE SIERVO, il quale, rispetto a molti altri, ha cercato di specificare maggiormente l'ambiguo concetto di "fine politico".

vieterebbe esclusivamente le associazioni che aspirano ad influenzare la vita politica della collettività», e «L'individuazione delle finalità delle associazioni […] dà conferma della volontà del legislatore di limitare la sfera di operatività del divieto all'ambito latamente politico»; G.E. VIGEVANI, voce *Associazione (libertà di)*, cit., p. 479 ss., per il quale nel secondo comma dell'art. 18 Cost. «trova espressione la dimensione politica dell'associazione e la funzione che i gruppi organizzati svolgono negli ordinamenti pluralisti. La disposizione mira infatti a tutelare il "metodo democratico", la trasparenza e la democraticità del processo di decisione politica, nell'ottica di una concezione relativista che affida la ricerca del consenso al libero, leale, aperto e pacifico confronto delle idee»; «il divieto di associazioni segrete non opera nei confronti di ogni associazione, ma delle sole organizzazioni *lato sensu* politiche», e altrettanto la legge Anselmi «ha come fine proprio la tutela della sfera politica da possibili interferenze da parte di poteri occulti»; «Il fine della disposizione costituzionale può essere individuato, quindi, nella tutela, nel quadro di una società pluralista, del più ampio e libero confronto delle idee e al contempo nella reciproca legittimazione tra i padri fondatori nel quadro di una società politica non omogenea».

[194] M.S. GIANNINI, *Associazioni segrete e gruppi di potere*, cit., p. 1763, il quale sostenne che l'art. 18 Cost. «vieta le associazioni segrete o non segrete che siano, le associazioni di tipo militare, le associazioni segrete aventi fini leciti se politici diretti o indiretti. L'art. 18 si collega cioè con l'art. 49, che pone il principio dell'associazione palese e organizzata democraticamente per ogni attività avente fini politici diretti o indiretti. Quindi non tutte le associazioni segrete sono vietate, ma solo quelle che si propongono fini politici con volontà di segreto». In un intervento svolto durante un convegno sulla vicenda della Loggia P2 tenutosi negli anni Ottanta (*Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., pp. 7 e 8), il giurista ebbe modo di ribadire che «un'associazione segreta in tanto è vietata in quanto svolga un'attività che abbia rilevanza politica», ossia «si riprometta delle finalità che producano effetti sulla vita politica, intesa in senso largo, quindi non solamente sulla vita dello Stato, ma anche dei pubblici poteri (per esempio delle associazioni sindacali, delle associazioni imprenditoriali, cioè di tutto quel corpo di gruppi che hanno enti esponenziali i quali agiscono nella società civile del nostro tempo)»; l'Autore escludeva, quindi, rilevanza alla «associazione segreta che si costituisce per la proiezione di films erotici; essa non è vietata dalla Costituzione, perché è costituzionalmente irrilevante; ricorre infatti un gruppo di privati, i quali si riuniscono per svolgere un'attività che non ha rilievo ai fini della legge penale (i films erotici essendo diversi dai films pornografici), ma che certamente non ha un rilievo politico».

Quest'ultimo Autore procede dalla ovvia considerazione che la «disposizione costituzionale non vieta certo ogni tipo di associazione segreta (il che sarebbe addirittura impossibile dato il numero indeterminabile dei fenomeni associativi e la stessa irrilevanza sociale di gran parte di questi)», e che «i divieti di cui al comma 2 dell'art. 18 si riferiscono con chiarezza ad associazioni che perseguono fini non vietati al singolo dalla legge penale ma che, ciò nonostante, sono ritenute evidentemente pericolose e contraddittorie con principi e valori costituzionali: ciò significa, nel caso delle associazioni segrete, che non si deve assolutamente cadere nell'errore di andare a ricercare finalità penalmente sanzionate per ammettere il loro divieto, ma che occorre invece cercare di comprendere quale sia la lesione dei valori costituzionali causata dalla modalità della segretezza»[195]. La conclusione, pertanto, è «che ciò che rileva è la tutela della sfera politica, latamente intesa, da alterazioni di funzionamento estranee al sistema pluralista, largamente tollerante e democratico configurato nella nostra Costituzione»[196]. Si richiamano, così, i valori sottostanti alle disposizioni costituzionali che prevedono e disciplinano «la lotta politica ad opera di soggetti collettivi operanti in cospetto alla pubblica opinione (una delle accezioni del "metodo democratico"), la selezione dei rappresentanti da parte del corpo elettorale e, all'interno degli organi rappresentativi, la nomina con modalità di particolare pubblicità degli organi esecutivi, la imparzialità amministrativa e l'assunzione ai pubblici uffici per concorso, la stessa subordinazione dei giudici alla (sola) legge, le limitazioni che incontra lo stesso legislatore in conseguenza del principio costituzionale di eguaglianza». Insieme di valori che rischierebbe di essere «radicalmente svuotato e contraddetto da forme associative che operino in modo clandestino e senza assumersene responsabilità di alcun genere: può giungersi in tal modo a svuotare in radice le tante applicazioni dei principi di eguaglianza e di sovranità popolare: ciò legittima il divieto e le conseguenti sanzioni penali e disciplinari»[197].

[195] U. DE SIERVO, voce *Associazione (libertà di)*, cit., p. 495.

[196] *Op. cit.*, p. 496 Aderisce F. BENELLI, *Art. 18*, cit., p. 147.

[197] *Op. cit.*, p. 496. Pertanto, prosegue l'Autore, non sono condivisibili «le forzate equiparazioni fra i legittimi tentativi di influenza posti in essere dai più vari

Lo sforzo di esemplificazione compiuto dal costituzionalista è sicuramente lodevole. Tuttavia, non ci si può esimere dal rilevare come il concetto di "fine politico" ne esca del tutto snaturato, perché, di fatto, si ricomprende in esso – e, di riflesso, tra gli interessi pregiudicati – pressoché ogni situazione della vita pubblica del Paese. Non a caso si è costretti a ricorre all'uso di locuzioni quali "in senso ampio" o "in senso lato" ("*lato sensu*")[198], il che, a nostro parere, dimostra l'*inutilità* dell'espressione stessa.

5. *Il delitto di associazione segreta nel panorama dei reati associativi, tra "materializzazione" e "dematerializzazione" della fattispecie e il problema della sua indeterminatezza*

5.1. Venivamo ora all'oggetto del nostro scritto, ossia al reato di associazione segreta e alle questioni che solleva. Rileviamo, innanzitutto, che alcune delle delicate e classiche questioni sollevate dalla categoria dei cc.dd. "reati associativi"[199] potrebbero porsi

organismi associativi nei settori politico, economico o sociale e quelli di organismi segreti, poiché solo nel primo caso esistono meccanismi di almeno potenziale responsabilità fondata sulla conoscibilità dei comportamenti collettivi, mentre nel secondo caso il tipo di organizzazione è finalizzato proprio ad evitare la identificabilità dell'azione dell'organismo associativo».

[198] Cfr., ad esempio: G.E. VIGEVANI, voce *Associazione (libertà di)*, cit., p. 480; F. RIGANO, *Art. 18*, cit., p. 415; V. DE SANTIS, *Il divieto di istituire associazioni segrete. Obblighi di trasparenza dei dipendenti pubblici e tutela del pluralismo associativo*, cit., p. 13, per la quale « il divieto in oggetto ha una accezione più lata perché destinata a colpire tutte le associazioni che operino nel contesto sociale e pubblico, svolgendo attività che – uscendo dalla sfera personale – incidono o mirano ad incidere, condizionandole, sul funzionamento delle istituzioni e dell'amministrazione» (v. pure pp. 17-18); e così pure M.S. GIANNINI, *Relazione introduttiva*, cit., p. 8.

[199] O "reati di associazione" secondo la terminologia di F.C. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, cit., pp. 422-423. Oltre alle fattispecie emblematiche dell'associazione per delinquere (art. 416 C.p.) e dell'associazione di stampo mafioso (art. 416-*bis* C.p.), rientrano nella categoria: l'associazione sovversiva (art. 270 C.p.), l'associazione con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 270-*bis* C.p.), la cospirazione politica mediante associazione (art. 305 C.p.), la riorganizzazione del disciolto partito fascista (art. 1, L. 20 giugno 1952, n. 645), l'associazione di carattere militare (D.Lgs. 14 febbraio 1948, n. 43), l'associazione finalizzata allo spaccio di stupefacenti (art. 74 D.P.R. 9

ovviamente anche per il delitto in esame. Il riferimento è, *in primis*, all'interferenza, alla congiuntura o alla compatibilità con alcuni istituti della parte generale del diritto penale. Ci riferiamo, per prima cosa, al *concorso di persone nel reato* (art. 110 ss. C.p.), che dà luogo alla controversa figura del "concorso esterno in associazione" (o, più tecnicamente, "concorso eventuale nel reato associativo"); e, in secondo luogo, al *concorso materiale di reati* (art. 71 ss. C.p.) tra il reato associativo e i cc.dd. "reati scopo" (o "fine"), con riferimento al quale si discute sull'applicabilità della disciplina del reato continuato (art. 81, co. 2, C.p.)[200] e sulla estensione a ciascun affiliato (in particolare i "capi") della responsabilità per i reati commessi in esecuzione del programma criminoso[201].

ottobre 1990, n. 309), l'associazione avente come scopo l'incitamento alla discriminazione e alla violenza per motivi raziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3, co. 3, L. 13 ottobre 1975, n. 654), la banda armata (art. 306 C.p.). Per una panoramica dei problemi che pone questa categoria di reati, oggetto di ampio dibattito nella letteratura nel nostro Paese, si vedano, oltre allo scritto di Palazzo: G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 2, p. 386 ss.; G. DE FRANCESCO, Societas sceleris. *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, cit., p. 54 ss.; G. SPAGNOLO, voce *Reati associativi*, in *Enc. giur. Trecc.*, Vol. XXIX, Roma, Treccani, 2006, p. 1 ss.; V. PLANTAMURA, *I reati associativi tra teoria e prassi*, Napoli, E.S.I., 2019; G. MONTANARA, *Aspetti problematici dei reati associativi*, Latina, Bucalo, 1985; AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, Sapere 2000, 1984, in particolare i contributi da p. 169 ss.

[200] Per l'asserita incompatibilità tra l'indeterminatezza del programma dell'associazione e l'unicità del disegno criminoso. Al riguardo si vedano E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, Pàtron, 1984, p. 85 ss. In giurisprudenza cfr., da ultimo, Cass. pen., Sez. III, 28 febbraio 2018 (dep. 17 aprile 2018), n. 17126, sui criteri distintivi tra l'associazione per delinquere (art. 416 c.p.) e il concorso di persone in più reati uniti dal vincolo della continuazione.

[201] Che configurerebbe una inammissibile responsabilità oggettiva "da posizione" (secondo il c.d. "teorema Buscetta"). Oramai, tuttavia, per costante orientamento giurisprudenziale, l'autonomia del reato di associazione fa sì che non tutti gli aderenti a quest'ultima siano automaticamente chiamati a rispondere dei delitti commessi in attuazione del programma criminoso, ma solo coloro che hanno danno un effettivo contributo causale alla realizzazione del singolo reato (cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. I, 14 gennaio 1987, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1163; Cass. pen., Sez. VI, 17 settembre 2014, dep. 27 febbraio 2015, n. 8929).

Un secondo ordine di problemi riguarda il *concorso apparente di norme* che prevedono reati associativi, facilmente escluso, secondo la prassi giurisprudenziale, a favore del *concorso di reati* in ragione dell'eterogeneità dei beni giuridici protetti[202]; così, ad esempio, nel caso in cui un'associazione mafiosa, magari di nuovo conio, agisca segretamente con le modalità indicate dalla L. n. 17 del 1982 al fine di interferire con le funzioni pubbliche[203]. Senza considerare, poi, le difficoltà che si possono incontrare nel segnare una netta linea di demarcazione tra le fattispecie associative, come nel caso in cui all'associazione segreta venga contestata l'aggravante del c.d. "metodo mafioso" di cui all'art. 416-*bis*.1. C.p.[204]. *Quid iuris*, infine, nel caso in cui le violenze e minacce al pubblico ufficiale ovvero a un corpo politico, amministrativo o giudiziario (artt. 336 e 338 C.p.), siano commesse da «segrete associazioni» esistenti (art. 339 C.p.)?[205].

Molte delle questioni menzionate, come vedremo, dipendono proprio dal significato che si attribuisce al termine "interferire".

5.2. Contrariamente ad altri reati associativi, tuttavia, il delitto di associazione segreta risulta (maggiormente) compatibile, almeno *prima facie*, con alcuni princìpi fondamentali del diritto penale: nello specifico, quelli di *materialità* e di *offensività*. I reati associativi, infatti,

[202] Si pensi ad un'associazione per delinquere dedita anche allo spaccio di stupefacenti. In giurisprudenza, per il concorso formale tra il delitto di associazione di stampo mafioso e quello associativo finalizzato al traffico di sostanze stupefacenti, cfr., *ex plurimis*: Cass. pen., Sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 563; Cass. pen., Sez. VI, 30 ottobre 2013, n. 46301; Cass. pen., Sez. I, 21 gennaio 2010, n. 17702; Cass. pen., Sez. Un., 25 settembre 2008, n. 1149, in *Cass. pen.*, 2009, 6, p. 2278 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 12349, in *Cass. pen.*, 2008, 11, p. 4294 ss.

[203] È quanto ipotizzato a pochi anni dall'entrata in vigore della legge Anselmi da G. TURONE, voce *Associazioni criminose*, in AA.VV., *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, Giuffrè, 1986 p. 30, per il quale tra le due fattispecie non sussisterebbe un rapporto di specialità; ed è quanto poi accaduto con la sentenza del Trib. Roma, Sez. IX (II Collegio), 16 marzo 2018 (dep. 14 giugno 2018), imp. Carboni e altri, relativa all'inchiesta "P3", su cui torneremo nel proseguo.

[204] In precedenza prevista nell'art. 7 della L. 12 luglio 1991, n. 203.

[205] Affronteremo il problema del concorso tra l'associazione segreta e altre fattispecie associative nella seconda parte di questo scritto.

tendono ad essere costruiti dal legislatore come *reati a dolo specifico di offesa*[206], che, come afferma la nostra migliore dottrina, hanno «funzione di tutela anticipata e, quindi, estensiva della punibilità, perché l'offesa è prevista come risultato non oggettivo, ma meramente *intenzionale*, rendendosi così punibile una condotta di per sé inoffensiva»[207] – com'è appunto quella di associarsi, che è un diritto di libertà costituzionalmente garantito (art. 18 Cost.) –; e, per tale motivo, «possono costituire la tecnica più semplice di inquinamento del principio di offensività e di un diritto penale soggettivistico» – che guarda cioè all'intenzione, al pensiero, al desiderio – e rappresentare una deroga all'art. 115 C.p. solo in quanto subordinati a un certo dolo specifico[208]. Si comprende, perciò, la preoccupazione della dottrina di "oggettivizzare" quanto più possibile tale forma di dolo; non certamente richiedendo la realizzazione del risultato perseguito (pena altrimenti la possibile vanificazione degli scopi di prevenzione del diritto penale), bensì l'*idoneità della condotta* a conseguire quel risultato (indipendentemente dal fatto che esso venga o meno raggiunto)[209].

Ora, come pressoché ogni reato associativo, anche il delitto di associazione segreta, è un *reato di pericolo*[210]. A prescindere dall'individuazione del bene giuridico tutelato e dal significato da attribuire al concetto di "interferenza", la legge richiede solo lo svolgimento di «attività diretta ad interferire», e non che l'interferenza si sia realizzata.

Tuttavia, la previsione dello svolgimento di una particolare attività – che non sia quella prodromica dell'organizzazione dell'associazione

[206] Cfr. per tutti G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e prospettive di riforma dei delitti contro la personalità dello stato*, cit., p. 374 ss.

[207] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*[10], Padova, Cedam, 2017, p. 213, che include appunto in questa categoria i reati di accordo e di associazione.

[208] *Op. cit.*, p. 213. Per l'illustre Autore quindi si tratta di «deroghe al principio di offensività con funzione preventiva».

[209] Vedi sempre le considerazioni di F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*[10], cit., p. 214.

[210] Cfr.: A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., p. 127; G. PIOLETTI, voce *Società (associazioni) segrete*, cit., p. 449, per il quale si tratta di "delitto di attentato". Per la qualificazione dei reati associativi come reati di pericolo si veda, per tutti, G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, cit., pp. 57-58.

(finanziamento, costituzione, reperimento dei mezzi, proselitismo, ecc.) – è stata considerata come un fattore di "materializzazione" della fattispecie, che ha evitato la «qualificazione sul piano di illiceità penale delle finalità in vista delle quali l'associazione è costituita ed opera», prediligendosi «profili di antigiuridicità per così dire obiettiva e/o materiale», in quanto «l'attività diretta ad interferire sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali e di enti pubblici configura un grave pregiudizio di rilevanti interessi pubblici di natura politica ed amministrativa»[211].

Tale materializzazione – che nel delitto *de quo* troverebbe il suo "culmine" in rapporto alle altre fattispecie associative – meriterebbe dunque il plauso, poiché, «Resistendo alla tentazione di far coincidere per intero l'area dell'illecito penale con la generica indicazione di "segretezza" che sostanzia il divieto costituzionale, il legislatore ha dato prova "sul campo" di una precisa anche se purtroppo non frequente sensibilità nei confronti dei principi specificamente penalistici di materialità, offensività e frammentarietà; ed ha con ciò

[211] G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p. 387 e nt. 6. Si parla al riguardo di reati associativi a "struttura mista", perché oltre all'esistenza dell'associazione richiedono anche l'inizio della realizzazione del programma. Cfr. sul punto e con riferimento al delitto di associazione segreta: G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 4, pp. 1164-1165, il quale ha rilevato che il reato *de quo* è caratterizzato «da una struttura associativa e da un'attività degli affiliati che va oltre il momento "preparatorio", la semplice attività di organizzazione dell'associazione, per proiettarsi all'esterno verso la realizzazione del programma strumentale o finale», e ciò rappresenta uno dei modi di «arricchire la tipicità delle fattispecie associative sul piano degli elementi oggettivi», che soddisfano esigenze garantistiche; G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e prospettive di riforma dei delitti contro la personalità dello stato*, cit., pp. 374 e 380, per il quale la «scarsa significatività» ai fini penali degli scopi politici andrebbe recuperata «attraverso una più pregnante individuazione della struttura dell'associazione», direzione in cui si sarebbe mossa la fattispecie di associazione segreta; A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., p. 128. In *giurisprudenza*, Cass. pen., Sez. V, 26 marzo 2018 dep. 17 luglio 2018, n. 33146, imp. Romeo, ha statuito che l'associazione segreta, come quella di stampo mafioso, è un "reato associativo a struttura complessa", la cui «*caratteristica saliente*» «*è data dall'attività 'esterna' richiesta per l'integrazione della fattispecie: nel caso in esame, è necessario che, seppur occultando la propria esistenza, l'associazione segreta svolga "attività diretta ad interferire" sull'esercizio delle funzioni pubbliche*» (punto n. 4.3. cons. dir.).

configurato un modello di reato associativo che può tornare utile *de lege ferenda* in ordine ad altre figure legali, il cui consolidamento nel sistema possa considerarsi come non ancora definitivo»[212].

5.3. Vi è stato però anche chi ha dato una lettura opposta della legge penale, innescando così una sorta di processo inverso di "dematerializzazione" della fattispecie. Sostenendo che una concezione «in senso "forte"» di quest'ultima, cioè come «pericolo effettivo di deviazione dal corretto esercizio delle funzioni pubbliche elencate dalla legge», determinerebbe non solo che la fattispecie «verrebbe in sostanza a combaciare con ipotesi di associazioni di regola criminose, ma si presenterebbe anche affetta da una sorta di "gigantismo" che ne potrebbe rendere assai rara la concreta applicazione»[213], si è prediletta una concezione «in senso "debole"» del

[212] G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., pp. 403-404. Secondo l'Autore, infatti, «la struttura della fattispecie si articola, da un lato, su requisiti attinenti al metodo organizzativo e, dall'altro lato, su di una dimensione almeno apparentemente finalistica», in quanto «il momento progettuale non ha qui quasi alcuna valenza prospettica, risolvendosi a sua volta pressoché totalmente in una dimensione materiale: a differenza dell'associazione di tipo mafioso, l'attualità di comportamenti non riguarda soltanto il "metodo", ma investe gli stessi obiettivi di fondo delle associazioni segrete […]. Chiaramente questo potenziamento della consistenza materiale dell'illecito associativo si traduce in un corrispondente arricchimento della sua proiezione lesiva» (p. 403). Aderisce a questa prospettiva A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., p. 128, per il quale «L'implementazione della dimensione materiale dell'illecito associativo si riflette nel potenziamento della sua incidenza offensiva in rapporto al principio cardine della trasparenza e a due specifici referenti di valore: la libertà di esercizio delle funzioni costituzionali e l'imparzialità ed efficienza della pubblica amministrazione».

[213] F.C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*[3], cit., p. 335. Apparentemente sembrano aderire alla concezione in senso forte anche E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pp. 64-65, i quali affermano che «si debba proporre l'interpretazione debole», ma subito dopo dichiarano che «il principio generale di idoneità non può non riferirsi anche alle associazioni segrete come ad ogni altro illecito. Questo principio, oltre che a dare concretezza alla condotta, sul piano politico criminale serve a limitare i pericoli per le libertà costituzionali» (potrebbe trattarsi, quindi, di un refuso contenuto nella prima affermazione, in cui al posto della parola "forte" è stata erroneamente utilizzata la parola "debole"). Seppur con sfumature diverse, sembrano accogliere tale prospettiva anche: G. DE

requisito finalistico dell'interferenza, da intendersi «cioè come riferentesi ad una generica finalità dell'associazione di condizionare ed influire in qualsiasi modo – come del resto accade di solito e fors'anche fisiologicamente nell'attività pubblica – sugli organi ed enti indicati dalla legge»[214].

FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 156, che sottolinea che la legge «richiede in termini espliciti che l'associazione abbia svolto *effettivamente* l'attività»; U. NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte*, cit., p. 2501, per il quale deve trattarsi di «atti proiettati verso l'esterno, che non esauriscano cioè la propria funzione e ragion d'essere nell'ambito organizzativo del gruppo» e «debbono essere rivolti a provocare ripercussioni esterne»: «la legge dice infatti che deve trattarsi di attività "diretta ad interferire", non di attività compiuta "al fine di interferire". Sembra cioè essersi voluto sottolineare che la destinazione della condotta dell'interferenza deve costituire un connotato oggettivo del comportamento tenuto, di tal natura da rilevare da sé, secondo la comune esperienza, il risultato cui la condotta stessa è diretta. Un comportamento idoneo ad interferire, ma oggettivamente ambiguo, potrebbe non integrare il requisito della "direzione" dell'atto all'interferenza»; C. CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 194, laddove afferma che «Viene colpito il proposito, l'intenzione perché si colpisce l'attività prima che produca i suoi effetti; e quindi l'associazione è considerata vietata per l'art. 18 Cost. prima che la sua attività abbia interferito. Più che l'*idoneità* ad interferire si colpisce l'*intenzione* perché l'associazione viene sanzionata anche se la sua attività non interferisce sull'esercizio di pubbliche funzioni. Infatti ai sensi di legge il requisito richiesto non è l'*interferenza*, ma l'*attitudine ad interferire*. Sicché con tale legge per la libertà di associazione si passa da un regime repressivo, tipico dei regimi democratici, a quello della prevenzione, sovvertendo la regola generale per la quale in tanto si è liberi in quanto si è responsabili e in tanto si è responsabili in quanto si è liberi. Di conseguenza, contro il disposto costituzionale: "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del *fatto* commesso", i singoli soci, e per essi l'associazione possono essere puniti per un'attività prima che la stessa abbia influito sull'esercizio delle pubbliche funzioni, cioè prima che sia stato commesso il *fatto*. E ciò indipendentemente dall'ipotesi che l'attività, nonostante risulti idonea ad interferire, sia diretta alla realizzazione di fini differenti».

[214] F.C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*[3], cit., p. 335, il quale prosegue sostenendo che questa prospettiva, se «da un lato concorre ad attuare il disposto costituzionale», «ha bisogno tuttavia dall'altro di una coerente e rigorosa descrizione legislativa per quanto riguarda il suo carattere di segretezza. E ciò al fine di mantenere il difficile equilibrio tra esigenze di tutela del metodo democratico ed esigenze di garanzie della libertà di associazione» (*op. cit.*, pp. 335-336). In questo

Ora, a prescindere dal fatto che la disposizione richiede espressamente il compimento di «attività diretta ad interferire» – dunque, un qualcosa in più del mero "fine di interferire"[215] –, e che il gigantismo di cui potrebbe soffrire il reato dipende più che altro dalla selezione del bene giuridico tutelato e dal concetto di "interferenza", la questione della eventuale "dematerializzazione" della fattispecie si sdrammatizza se si pensa che, nella realtà, sarà difficile, se non impossibile, accertare l'esistenza di una associazione segreta che, proprio in quanto "segreta", non abbia svolto una qualche attività che abbia manifestato all'esterno l'intenzione di perseguire il fine prefissato (basterebbe, per ipotesi, l'aver preso contatti con un funzionario pubblico)[216].

senso, richiamandosi espressamente a quest'ultimo Autore citato, G. PIOLETTI, voce *Società (associazioni) segrete*, cit., pp. 449-450, per il quale, se si richiedesse anche il requisito della idoneità, «si ridurrebbe fortemente l'ambito applicativo delle fattispecie penali in esame, contro la volontà del legislatore che ha manifestato di voler colpire la semplice tendenza […] ad influire nel politico da parte di associazioni che siano segrete».

[215] Ne consegue, quindi, che il reato sarebbe a dolo generico e non specifico (così, invece, per M.G. GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete. Profili penali*, cit., pp. 67 e 71 ss.), essendo l'elemento finalistico insito nell'attività medesima; l'affiliato, invero, dovrà essere consapevole non solo di far parte (art. 2 L. cit.) di una associazione segreta, ma anche di contribuire allo svolgimento dell'attività diretta ad interferire sulle funzioni pubbliche.

[216] Il problema è collegato all'ulteriore questione, tipica di ogni fattispecie associativa, della consistenza dell'organizzazione criminale, che, secondo una classica "formuletta pigra" della giurisprudenza, è sufficiente sia "rudimentale". Sul punto si vedano: G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p. 1163 ss.; G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*[2], cit., p. 170 ss. Secondo U. NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte*, cit., p. 2501, «un solo atto o forse anche più atti casualmente ripetuti, non bastano a dar vita alla condizione voluta dalla legge; l'interferenza deve costituire un dato se non abituale o costante, per lo meno normale e frequente per potersi definire illecita l'azione associativa ai sensi della presente legge». Con riferimento al delitto in esame, solleva il problema dell'organizzazione A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., p. 131, per il quale «Il difetto all'interno dell'art. 1 di qualunque riferimento all'elemento organizzativo rischia, infatti, sia di svalutare ulteriormente lo scarso peso attribuito in giurisprudenza all'idoneità della struttura organizzativa, sia di rendere labile ed evanescente il confine tra associazione segreta e concorso nell'attività di interferenza istituzionale. La tendenza emergente nella prassi

5.4. A nostro parere, i problemi più delicati che pone il delitto in esame sono altri e hanno natura *endo-tipica*, cioè interni alla tipicità e derivanti dalla formulazione parzialmente indeterminata della fattispecie.

L'art. 2 della L. n. 17 del 1982, che incrimina chiunque «*promuove o dirige un'associazione segreta*» ovvero «*svolge attività di proselitismo a favore della stessa*» (co. 1) ovvero «*partecipa ad un'associazione segreta*» (co. 2), va necessariamente letto in combinato disposto con l'art. 1 della medesima legge che definisce l'"associazione segreta" nel seguente modo: «*Si considerano associazioni segrete quelle che, anche all'interno di associazioni palesi, occultando la loro esistenza ovvero tenendo segrete congiuntamente finalità e attività sociali ovvero rendendo sconosciuti, in tutto od in parte ed anche reciprocamente, i soci, svolgono attività diretta ad interferire sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali, di amministrazioni pubbliche, anche ad ordinamento autonomo, di enti pubblici anche economici, nonché di servizi pubblici essenziali di interesse nazionale*».

Tale disposizione definitoria è stata da subito oggetto di critiche e di controversie interpretative[217]. A distanza di pochi anni dalla sua introduzione, un illustre penalista, Pietro Nuvolone, stigmatizzava la nuova legge come "poco rispettosa" del principio di certezza del

applicativa a ritenere sufficiente ai fini dell'integrazione del concetto di associazione una struttura priva di connotati formali riconoscibili e dotata di organizzazione anche rudimentale […], può in questo caso fare leva sulla irrilevanza normativa dell'elemento organizzativo, la quale consente di "scarnificare" ulteriormente il volto del delitto associativo, riducendolo ad un mero accordo stabile nel tempo. La ritenuta sufficienza di strutture estremamente agili, snelle e rarefatte e la mancata indicazione del numero minimo dei componenti si prestano a interpretazioni e ad applicazioni dilatative, suscettibili di minare alla radice il principio di offensività, nonché di pregiudicare l'esercizio di diritti di libertà costituzionalmente garantiti». Sui requisiti della "direzione" e della "attività" si veda, in dottrina, U. NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte*, cit., p. 2501, e, in giurisprudenza, Trib. Roma, Sez. IX (II Collegio), 16 marzo 2018 (dep. 14 giugno 2018), imp. Carboni e altri.

[217] Come evidenzia anche G. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 317 e 318, che definisce la legge «non priva di razionalità sistematica e di coerenza con le esigenze sostanziali della repressione».

diritto[218]. A lasciare "perplessi" è stata ovviamente la descrizione del «carattere dell'attività proibita» che sembra riferirsi a una «attività che può essere propria di qualsiasi associazione politica e che, in sé per sé, non appare assolutamente illecita, anche ove si riesca a identificare il concetto di "*diretta a interferire sulle funzioni*", che può identificare anche semplici intenzioni e che non acquista certo chiarezza dalla descrizione di uno dei componenti strumentali che sarebbe quello di "*rendere sconosciuti, in tutto od in parte, anche reciprocamente, i soci*": concetto di difficile identificazione e verificazione»[219]. Dello stesso avviso un altro illustre giurista, Giovanni Battista Ferri, il quale rilevava che la «vaghezza» del termine "interferire" solleva un «grave dubbio circa il significato da attribuire alla formula "attività diretta a interferire"», perché «con il termine "interferire" si può voler intendere tutto e il contrario di tutto; lasciando così al giudice una discrezionalità tanto ampia, quanto pericolosa per la libertà dei cittadini»[220].

Cos'è dunque l'"interferenza" di cui parla la legge? Come spesso accade, l'imprecisa o l'indeterminata formulazione della legge rendono incerto il perimetro della *tipicità oggettiva* e, a volte, la *ratio* stessa della fattispecie. È un problema, quindi, di *legalità*, del rispetto del principio che la consacra – sotto i profili della determinatezza/precisione e della tassatività – e, conseguentemente, di *interpretazione* della legge penale.

---

[218] P. NUVOLONE, *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1, p. 9.

[219] *Op. cit.*, p. 9. Cfr. tra gli altri anche: M.G. GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete. Profili penali*, cit., p. 56, per la quale «ciò che lascia più perplessi nell'articolo in questione è certamente la locuzione "svolgono attività diretta a interferire sull'esercizio"», «è proprio la vaghezza della formula "interferenza" o, meglio, di "attività diretta a interferire" che rende la norma indeterminata, tanto più che, trovandoci ancora nel campo del lecito, si sarebbe dovuto indicare tale parametro con maggior precisione»; F. RIGANO, *Art. 18*, cit., p. 415, per il quale l'incertezza del termine "interferire" «potrebbe aprire la strada a letture illiberali».

[220] G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., pp. 27 e 34, che concludeva dando ragione a Massimo Severo Giannini «quando sottolineava l'esistenza di "giudici faceti"; noi abbiamo il sospetto che, molte volte, i giudici diventino faceti perché leggi malfatte consentono facezie»; e non mancava di rilevare che si tratta di «una legge sbagliata e pericolosa (nella sua ambiguità), anche perché del tutto scoordinata con norme di princìpi fondamentali, vigenti nel nostro sistema», come l'art. 36 C.c. e la tutela della *privacy* (p. 34).

Purtroppo, la scarsissima applicazione che ha trovato sino ad ora la fattispecie – e la non piena percezione del fenomeno dell'associazionismo segreto del tipo di quello incriminato[221] – non consente neppure di ricavare per induzione, dall'analisi dei casi concreti, criteri univoci che possano orientare l'interprete.

6. *L'indecifrabile rapporto tra gli elementi della fattispecie: la* segretezza*, l'*interferenza *e lo "*scopo ultimo*" dell'associazione segreta*

6.1. Sono chiaramente due gli elementi attorno a cui ruota la fattispecie di associazione segreta: la "segretezza" e la "interferenza". Vi sarebbe, tuttavia, un ulteriore requisito, inespresso ma immanente, rappresentato dallo "scopo ultimo" dell'associazione, che non è quello immediato e diretto per cui essa si costituisce, ossia l'interferenza sulle funzioni pubbliche, bensì è il risultato che si vuole conseguire attraverso l'interferenza. L'esistenza di un fine ulteriore sembra, del resto, essere confermata dalla stessa L. n. 17 del 1982, il cui art. 1 fa riferimento alle «finalità sociali», quale possibile oggetto di segretezza (congiuntamente alle «attività sociali»), che si pone come elemento finalistico aggiuntivo e distinto rispetto a quello insito nel compimento della «attività *diretta ad* interferire».

A ben vedere, è sulla consistenza e sul rapporto di tali elementi che si incentra l'intero dibattito sul divieto (non solo penale) di associazioni segrete. La *scarsa intellegibilità* della condotta vietata, del legame che intercorre tra quest'ultima e il *modus operandi* dell'associazione (ossia la "segretezza"), e dello "scopo ultimo" che si prefigge l'associazione segreta attraverso l'attività di interferenza, non consente di soppesare il disvalore complessivo del fatto incriminato né di esprimere un giudizio di congruità sul trattamento sanzionatorio, che, *prima facie*, come detto, sembra *sproporzionato per difetto*[222], se si prende in considerazione, da un lato, la natura

[221] Unitamente alla già denunciata mancanza di studi criminologici sull'associazionismo segreto che si è inteso incriminare con la legge Anselmi.

[222] A livello di teoria della pena, per gli inconvenienti di tale forma di sproporzione, si veda F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*[6], Torino, Giappichelli, 2016, pp. 29 e 31.

dell'oggetto della condotta, ossia le funzioni pubbliche, e, dall'altro, il turbamento che suscitò la vicenda P2 da cui ha avuto origine la legge Anselmi.

6.2. Il problema non è di poco conto ed è differente dal caso in cui l'indeterminatezza di un termine o di una locuzione inficia parzialmente la fattispecie, rendendo incerta la sussumibilità sotto la legge di un singolo e specifico caso concreto, di una particolare modalità di estrinsecazione del fatto, come accade comunque nel delitto in esame a causa dell'utilizzo del termine "interferenza". Nel nostro caso, oltre a non essere ben delineata la condotta vietata, non è chiara la *ratio* dell'incriminazione: da un lato, infatti, non si comprende il motivo per il quale il legislatore abbia individuato nella "segretezza" un elemento qualificante della fattispecie e in che misura quest'ultimo si rifletta sul disvalore del fatto[223], e, dall'altro lato, l'interferenza potrebbe essere considerata una condotta di per sé lecita[224].

[223] Nella *Relazione sulle infiltrazioni di Cosa Nostra e della 'Ndrangheta nella massoneria in Sicilia e Calabria* del 21 dicembre 2017, la Commissione parlamentare ravvisa persino un profilo di illegittimità costituzionale e rimprovera alla legge, che ha accorpato i requisiti della segretezza e del suo fine illecito, di avere «di fatto aumentato il coefficiente di segretezza delle logge ufficiali che, proprio perché perseguono finalità lecite e, dunque, esulano dal divieto legislativo, hanno potuto mantenere, in concreto, le barriere invalicabili alla conoscenza esterna e interna» (p. 67).

[224] Il dubbio fu espresso da G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 34 («resta dubbio se il richiamo all'attività d'interferenza debba essere letto come riguardante attività di illecita interferenza o qualsiasi attività (in ipotesi, anche lecita) d'interferenza». È considerata lecita, ad esempio, da: A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni (Parte Speciale - II)*, cit., p. 360; G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 161, il quale rileva che la condotta incriminata non deve «assurgere di per sé al rango di un'attività penalmente illecita», anche in ragione del confronto con le pene stabilite per il reato di associazione per delinquere, che dimostrerebbe che il delitto *de quo* «si riferisce ad un'ipotesi meno grave di delitto associativo, appunto perché la tutela dell'interesse al corretto esercizio delle funzioni istituzionali non viene qui in considerazione nell'ottica della repressione di specifici fatti criminosi (quali, ad esempio, la corruzione, l'istigazione ad atti d'interesse privato, l'estorsione, e così via dicendo), bensì come esigenza più generale di evitare il diffondersi di metodi di gestione del potere inclini a dar corso a richieste e sollecitazioni presentate in forme tali da non consentire alcuna verifica circa la loro compatibilità con l'interesse

Non emergendo chiaramente né il tipo e la natura della condotta vietata, nè la finalità che la informa (*id est*: può essere anche un fine lecito, ad esempio, economico, politico, filantropico, religioso, culturale, ricreativo, educativo?)[225], il rischio è quello di punire la segretezza in sé per sé, in contrasto con i principi di materialità e offensività del diritto penale.

Se negli altri reati associativi la modalità della condotta – l'uso della violenza (es.: artt. 270, 305, 416, co. 4, 416-*bis*, co. 4) o dell'intimidazione (art. 416-*bis*) – ovvero i fini di per sé illeciti (es.: la commissione di delitti nell'art. 416 C.p.) denotano immediatamente la

pubblico perseguito dell'ente» (ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 326); P. NUVOLONE, *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, cit., p. 9, parlava di «attività che può essere propria di qualsiasi associazione politica e che, in sé per sé, non appare assolutamente illecita». La medesima opinione è stata espressa da Nuvole in un commento senza titolo apparso in *Ind. pen.*, 1982, 1, p. 100 (ove, in senso fortemente critico, si è affermato che «viene considerata illecita […] una qualsiasi attività di carattere politico, che si vuole evidentemente riservare alla partitocrazia dominante, escludendo ogni altro centro di potere, o anche solo di propaganda»), e nell'articolo *Oscure minacce alla democrazia*, cit., p. 79 ss. (ove tuonava: «Come se il programma di influenzare la politica e l'economia, e quindi il governo dello Stato e degli enti pubblici, o della vita pubblica in genere, in base alle proprie convinzioni, purchè non si attui con la violenza, con la frode, con la corruzione, non fosse un sacrosanto diritto di tutti i singoli e di tutte le associazioni!»).

[225] Che ripetiamo non è l'interferenza bensì la finalità dell'interferenza, anche se si tratta di elementi così correlati da rappresentare due facce della stessa medaglia, costituendo il secondo la proiezione finalistica del primo. Si consideri che la fattispecie richiede non il "fine di interferire" ma una «attività diretta a interferire», quindi atti univoci, con rilevanza esterna; per questo motivo il delitto non è un vero e proprio reato a dolo specifico di offesa. Come osserva giustamente U. NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte*, cit., p. 2501, l'espressione usata dal legislatore «rivela già da sola che gli atti che si compiono debbono essere rivolti a provocare ripercussioni esterne. […] Le parole usate rilevano un'altra connotazione di questo elemento del reato: la legge dice infatti che deve trattarsi di attività "diretta a interferire", non di attività compiuta "al fine di interferire". Sembra cioè essersi voluto sottolineare che la destinazione della condotta all'interferenza deve costituire un connotato oggettivo del comportamento tenuto, di tal natura da rilevare da sé, secondo la comune esperienza, il risultato cui la condotta stessa è diretta. Un comportamento idoneo a interferire, ma oggettivamente ambiguo, potrebbe non integrare il requisito della "direzione" dell'atto all'interferenza».

dimensione e la proiezione offensiva dell'associazione, non altrettanto avviene per il delitto in esame.

6.3. Non ci soffermeremo sul requisito della "segretezza"[226] se non per dire che, in sé, l'elemento non sembra avere un peso specifico di disvalore penale, e, in relazione all'altro elemento qualificante – ossia l'interferenza –, potrebbe persino revocarsi in dubbio la sua stessa significatività nella dinamica della fattispecie.

Una considerazione di carattere sociologico che depone in tal senso – e che muove dalla "natura delle cose" – è quella per cui ogni associazione che persegua fini illeciti e voglia operare impunemente terrà a mantenere segreta la sua esistenza e la sua attività – salvo il caso in cui, per gli scopi perseguiti, non sia necessario manifestarsi pubblicamente (es.: le stragi mafiose, il *golpe* militare) –[227]. Se, infatti,

[226] Sul quale si vedano, *ex plurimis*: S. CASSARINO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 228 ss.; A. SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., p. 19 ss.; C. CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 186 ss.; A. MELONCELLI, *Società segrete*, cit., p. 191 ss., e 200-201; A. GUSTAPANE, *Il limite della segretezza alla libertà di associazione*, cit., p. 69 ss.; L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 41 ss.; G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., pp. 150 ss. e 158-159; ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 322 ss.; A. TENCATI, *Disciplina penale dell'associazionismo segreto*, in *Riv. pen.*, 1985, p. 758; G. ZAGREBELSKY, *Disarmati contro la setta*, cit., p. 3; P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, cit., p. 238 ss.; P. PETTA, *Reati associativi e libertà di associazione*, cit., pp. 202-203.

[227] Lo riconoscono, ad esempio: F. BRICOLA, voce *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enc. dir.*, Vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 123, con riferimento alle associazioni finalizzate alla cospirazione politica, nonostante, secondo l'illustre penalista, la segretezza non sia un connotato essenziale della fattispecie e, nei regimi a carattere liberale, «si può anche ammettere un complotto reso pubblico»; F.C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*[3], cit., p. 334, per il quale «l'associazione *criminosa* sarà comunque custode della sua clandestinità indipendentemente dall'esistenza di un divieto di segretezza». Con riferimento all'associazione mafiosa G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, cit., pp. 47, 50 e 57, parla di associazione «a cavallo tra quella armata e quella segreta»; per G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*[2], cit., p. 345, nt. 47, però, il fenomeno mafioso può essere definito come associazionismo segreto «solo *in senso lato*», come

sapessimo tutto delle organizzazioni criminali (componenti, sedi, decisioni, finalità, ecc.) avremmo probabilmente risolto gran parte del problema della criminalità. Si tratta di una considerazione supportata anche da studi sociologici[228] e riconosciuta nelle sedi istituzionali[229].

Il fatto che di molte organizzazioni criminali si conoscano la denominazione – la "mafia", la "camorra" o l'"'ndrangheta"[230] –, gli organizzatori, i capi e alcuni dei partecipanti non vuol dire che esse non siano associazioni, seppur parzialmente, segrete[231]. Forse è anche per questa ragione che il legislatore ha descritto la segretezza all'art. 1 della legge Anselmi come una condizione anche solo *parziale* dell'associazione. L'utilizzo della congiunzione disgiuntiva "ovvero"

«implicitamente riconosciuto da tutti coloro che negano, correttamente, che possa considerarsi la mafia come una sorta di *setta* segreta».

[228] Cfr.: M.L. MANISCALCO, *Mafia e segreto. Meccanismi sociali della segretezza e criminalità organizzata*, in *Quad. sociol.*, 1993, 5, p. 93 ss.; M. CATINO, *L'organizzazione del segreto nelle associazioni mafiose*, in *Rass. it. sociol.*, 2014, 2, p. 259 ss.; F. MARONE, *L'organizzazione del segreto nei gruppi terroristici*, ivi, p. 303 ss.; N. MACKENZIE, *Introduzione*, in AA.VV., *Le società segrete*, cit., pp. 15 e 16; D. ANNAN, *La mafia*, in AA.VV., *Le società segrete*, cit., p. 242 ss.; L. PAOLI, *Mafia e mutamenti di paradigma: atteggiamento, impresa o fratellanze multifunzionali e segrete?*, in *Polis*, 2001, 3, p. 341 ss.; G. NERI, *Il terrorismo. Profili criminologici*, in *questa Rivista*, 2019, 3, p. 6 ss.

[229] Ci riferiamo, in particolare, alla *Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere*, che ha affermato che, di fatto, «tutte le associazioni per delinquere sono segrete» (*Relazione sulle infiltrazioni di Cosa Nostra e della 'Ndrangheta nella massoneria in Sicilia e Calabria della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere*, 21 dicembre 2017, cit., p. 67, per cui è considerato «privo di significato il divieto di segretezza», poiché «se, da un lato, la suddetta interferenza spesso può tradursi nella programmazione di reati contro l'organizzazione dei pubblici poteri, sicché già tali condotte trovano sanzione penale indipendentemente dalla segretezza delle associazioni da cui provengano, di converso, tutte le associazioni per delinquere, sono segrete, con la conseguenza che il divieto di segretezza sancito in via autonoma dall'ultimo comma dell'articolo 18 della Costituzione si rileverebbe superfluo»). Della stessa opinione in dottrina, ad esempio, P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., p. 743. In giurisprudenza, Cass. pen., Sez. VI, 20 giugno 2012, n. 25191, ha considerato segreta l'associazione terroristica "Al Qaeda" ai fini dell'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 339 C.p.

[230] Specificamente menzionate anche nell'art. 416-*bis* C.p.

[231] Cfr. le considerazioni svolte da G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*[2], cit., p. 337 ss.

che separa gli oggetti del segreto – l'*esistenza*[232], la *finalità*, l'*attività*, i *soci* – rende sufficiente, ai fini dell'integrazione del reato, anche l'occultamento di uno solo di essi[233]. L'impegno profuso dal legislatore in tale descrizione[234] si spiega proprio coll'intento di estendere l'ambito di applicazione della fattispecie anche ad associazioni parzialmente segrete (ossia di cui se ne conosce l'esistenza)[235].

Ripetiamo, ogni associazione illecita tenderà a mantenere segreto tutto ciò che conta in relazione alle finalità e alle circostanze di tempo

[232] Con riferimento alla quale A. LISERRE, *Commento agli artt. 1 e 2 della L. 25 gennaio 1982, n. 17*, cit., p. 1230, ha parlato giustamente di una tautologia.

[233] Non sembra corretta, quindi, l'osservazione di G. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 323, per il quale «v'è da osservare come il segreto serbato circa un qualunque elemento dell'organizzazione – sia esso fondamentale o secondario – non rappresenti un elemento sufficiente ad integrare il reato, dato che la norma richiede che ad esso si accompagni sempre anche l'occultamento della "finalità" dell'associazione».

[234] Come mette in rilievo A. LISERRE, *Commento agli artt. 1 e 2 della L. 25 gennaio 1982, n. 17*, cit., p. 1230. Sul requisito della "segretezza" si vedano: A. PACE, *Art. 18*, cit., pp. 215 e 216 ss.; U. DE SIERVO, voce *Associazione (libertà di)*, cit., p. 496 ss.; A. MELONCELLI, *Associazioni segrete e diritto di associazione*, cit., p. 112 ss.; e per i profili penali F.C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*[3], cit., p. 336 ss.; E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pp. 65-66; M.G. GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete. Profili penali*, cit., p. 33 ss.; L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 99 ss.; G. PIOLETTI, voce *Società (associazioni) segrete*, cit., pp. 447-448; A. MELONCELLI, *Associazioni segrete e diritto di associazione*, cit., p. 116 ss.

[235] Perde così di rilevanza la questione se la nozione di «attività sociali» vada riferita alla "vita interna" dell'associazione (es.: decisioni che riguardano gli spostamenti della sede, la composizione degli organi, il tempo e il luogo delle riunioni, ecc.) ovvero alla "vita esterna" dell'associazione (scopo e mezzi per realizzare il programma) (problema sul quale si sofferma G. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., pp. 322-323 e 325). E risulta anche superflua l'indicazione legislativa che l'associazione segreta possa operare anche all'interno di «associazioni palesi», cioè di un enti che operano "alla luce del sole", come mera associazione di fatto o riconosciute. Per C. CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 196, le "associazioni palesi" sarebbero i gruppi di pressione e «il passo è breve per colpire la formazione di gruppi e di correnti anche in seno ai partiti politici ed ai sindacati: associazioni che cioè istituzionalmente svolgono un'attività diretta ad interferire sull'esercizio di pubbliche funzioni».

e di luogo in cui opera[236]. La "segretezza" rappresenta perciò un requisito di fattispecie estremamente "debole"[237], e non a caso, proprio con riferimento alle associazioni tipizzate dalla legge Anselmi, si è osservato che «il comportamento tipico descritto dall'art. 1 non possa essere realizzato, *se non in forma segreta*», essendo «difficile immaginare un'associazione che mirasse ad infiltrarsi negli apparati di questo o quell'altro ente pubblico con l'obiettivo di influenzarne a proprio favore l'attività decisionale, la quale non si preoccupasse di tenere accuratamente celate le iniziative dirette a tale scopo»[238]. Si pensi, inoltre, quali tipologie di organizzazioni criminali sono state sussunte sotto la locuzione "segrete associazioni" di cui all'art. 339 C.p. (la mafia, la camorra, la mano nera, le associazioni per delinquere).

[236] Come ci dimostra, ad esempio, la prassi delle associazioni terroristiche fondamentaliste, che se, da un lato, hanno interesse a manifestare al mondo la loro esistenza per incutere terrore (classiche le "rivendicazioni" degli attentati) e a diffondere l'immagine e il pensiero del *leader* di turno (attraverso i consueti videomessaggi), dall'altro, si guardano bene dal comunicare la loro sede, l'organizzazione, i piani di attacco, ecc. (cfr. in argomento G. NERI, *Il terrorismo. Profili criminologici*, cit., p. 198 ss.) Come osservava G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 20, anche a livello teorico «si è continuato, in tema di associazioni illecite, a far leva su quella idea tradizionale di valutazione, con prevalente riferimento all'agire e agli scopi […]. In sostanza, nella valutazione di un'associazione, ha finito per emergere e per imporsi la considerazione della natura eventualmente illecita del suo agire, piuttosto che quella del suo eventuale modo di essere, appunto, segreto; il quale dunque nella valutazione negativa dell'agire illecito, finiva per essere assorbito e scomparire».

[237] Perché, infatti, in sede di riforma dei reati associativi, non è stato previsto il medesimo requisito anche per le ben più pericolose associazioni di stampo mafioso o sovversive?

[238] G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., pp. 157-158, il quale prosegue che «il fatto stesso di renderle palesi farebbe assumere al mezzo utilizzato, non già la caratteristica di uno strumento atto a condizionare dall'interno l'operato dell'organo, bensì, ancora una volta, il ruolo di mezzo di pressione *esterno* volto semplicemente a richiamare l'attenzione degli organi istituzionalmente competenti sull'opportunità di provvedere al soddisfacimento di determinati interessi» (si tratterebbe in questo caso non di associazioni segrete bensì di gruppi di pressione, di cui l'Autore parla a p. 157).

La segretezza sembra essere stata considerata come un "mezzo di offesa" – al pari della violenza, della minaccia, dell'inganno, dell'accordo corruttivo, ecc. –, ma essa appare piuttosto come una necessità oppure, come si detto, un "modo di essere" e non di agire. Ben altra cosa, invece, sarebbe stato richiedere l'uso della «forza intimidatrice» derivante dal vincolo associativo, come nell'aggravante dell'art. 339 C.p.

Non vogliamo sminuire il dibattito che si è sviluppato attorno al requisito della segretezza[239] e che ha impegnato – forse più del dovuto – anche i nostri padri Costituenti. Appare però a nostro avvisto una questione più teorica che pratica, che tra l'altro non ha portato a conclusioni univoche e convincenti sul peso da attribuire a tale elemento né in ottica penale né, come visto, in ottica pubblicistica.

7. *La condotta incriminata e l'"iperonimia" del termine «interferire». Cenni e rinvio*

7.1. È stato sostenuto che il più grave difetto della fattispecie sarebbe l'indeterminatezza della locuzione «attività diretta ad interferire», che rappresenta la *condotta incriminata*[240]. Quello sforzo di

[239] Nel 1990, fu peraltro presentato un Disegno di legge avente ad oggetto "*Integrazione della legge 25 gennaio 1982, n. 17, in tema di associazioni segrete*", d'iniziativa dai Senatori C. Boggio e A. Graziani e comunicato alla Presidenza il 14 marzo 1990 (S. 2169, X Legislatura – Senato della Repubblica), in cui, riprendendo una formulazione avanzata dall'allora Ministro di giustizia Giuliano Vassalli, si propose di integrare il primo articolo aggiungendo un secondo comma dal seguente contenuto: «*Si considera inoltre segreta ogni associazione che non renda periodicamente pubblico l'elenco dei propri iscritti, partecipanti e affiliati, rifiuti, ove richiesta, di darne comunicazione al Ministro dell'interno o al prefetto competente per territorio, o, in qualunque altro modo, lo dissimuli*».

[240] Che non è, quindi, la condotta di promozione, direzione, partecipazione e proselitismo (art. 2 L. cit.). L'uso dei predicati verbali («promuove», «dirige», «svolge attività di proselitismo», «partecipa ad un'associazione») svolge solo la funzione di selezione dei soggetti attivi. Quanto alla *promozione*, alla *direzione* e alla *partecipazione*, costituendo condotte tipiche di qualunque fattispecie associativa, oramai ampiamente analizzate, si rinvia ad una qualsiasi trattazione in materia di reati associativi. costituendo quest'ultime condotte Quanto, poi, al *proselitismo*, locuzione che ci pare inedita nel lessico giuridico-penale, non vi sono motivi validi per

discostarsi dal significato comune del termine, che è quello di «attività volta ad assicurare nuovi aderenti e sostenitori» (a un'idea, a un movimento politico, a un modo di comportarsi, a un'attività). voce *Proselitismo*, in *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, Vol. XIV, Torino, Utet, 1995, p. 697 (al riguardo si rinvia a: M.G. GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete. Profili penali*, cit., p. 61 ss.; L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 130 ss.; G. PIOLETTI, voce *Società (associazioni) segrete*, cit., pp. 448-449). Stranamente, rispetto agli altri reati associativi, non è contemplata né la "costituzione" nè l'"organizzazione" né il "finanziamento" dell'associazione. Tuttavia, i ruoli e le condotte che non sono stati menzionati nell'art. 2 L. cit. possono essere ricondotti alla condotta di "partecipazione" ovvero, secondo F.C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*[3], cit., p. 338, a quella di "promozione" – anche se «vi può essere un "promovimento" che non sfoci nella costituzione e non implichi il finanziamento» – oppure essere considerati forme di partecipazione concorsuale ex art. 110 C.p. Anche per E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 66, coloro che costituiscono l'associazione possono considerarsi come promotori. Cfr. sul punto anche: F.C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*[3], cit., p. 338; A. TENCATI, *Disciplina penale dell'associazionismo segreto*, cit., p. 759-760; M.G. GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete. Profili penali*, cit., p. 63-64; L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 120 ss. In giurisprudenza, Cass. pen., Sez. V, 26 marzo 2018 dep. 17 luglio 2018, n. 33146, imp. Romeo, argomenta la mancata previsione della condotta di "costituzione" dalla natura di "reato associativo a struttura complessa" del delitto in esame, che si configura quando «*la norma incriminatrice non punisce la semplice costituzione dell'associazione, ma delinea una sorta di fattispecie a formazione progressiva: oltre all'esistenza dell'associazione nei suoi tre elementi essenziali, la legge esige un* quid pluris*, richiede che gli associati abbiano svolto un'attività 'esterna' per la realizzazione del programma criminoso*»; per questo motivo «*le norme inquadrate in tale categoria* […] *non prevedono, tra le ipotesi di partecipazione qualificata, la condotta di "costituzione"*», al contrario dei "reati meramente associativi" in cui «*la legge punisce già la semplice costituzione di un'associazione che persegue un programma criminoso*», come negli artt. 270 e 416 C.p., che infatti incriminano anche la "costituzione"; secondo la Corte, quindi, la fattispecie di associazione segreta rientrerebbe nella prima categoria «*in quanto, descrivendo, quali condotte di partecipazione qualificata, la promozione, la direzione e l'attività di proselitismo, richiede, per l'integrazione della tipicità, che il sodalizio si sia già costituito; così logicamente postulando l'irrilevanza penale della condotta di mera costituzione, e, dunque, della mera esistenza dell'associazione*» (cfr. punto n. 4.3. cons. dir.). Per la partecipazione ad una "associazione palese" al cui interno opera una associazione segreta si veda L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 113 ss. Si noti poi che, a differenza delle altre fattispecie associative – ma analogamente al reato di associazione di carattere militare di cui

"materializzazione" profuso dal legislatore nella costruzione della fattispecie è stato praticamente vanificato dall'uso di un concetto ambiguo com'è quello di "interferire".

Si ha certamente una vaga idea del significato di questo termine (come del sostantivo "interferenza"), che nella percezione comune ha senza dubbio una connotazione negativa. Secondo il vocabolario della lingua italiana, infatti, il verbo "interferire", nel suo significato

all'art. 1 D.Lgs. n. 43 del 1948 –, non è indicato il numero minimo di partecipanti, solitamente individuato dalla legge in tre (es.: artt. 305, 416, 416-*bis* C.p., art. 74 D.P.R. n. 309 del 1990); difficile comprendere le ragioni della mancata previsione, che dovrebbe allora far deporre per la sufficienza anche di due soli soggetti (così anche per parte della dottrina: M.G. GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete. Profili penali*, cit., p. 58; A. TENCATI, *Disciplina penale dell'associazionismo segreto*, cit., p. 757; *contra* Trib. Roma, ord. 2 novembre 2010, n. 2998, imp. Carboni e altro, per il quale sarebbero necessari almeno tre individui). Un ulteriore profilo problematico, infine, potrebbe essere quello della "responsabilità penale allargata" degli affiliati che non siano a conoscenza delle finalità o dell'attività svolta dall'associazione, incorrendo in una palese violazione del principio di colpevolezza e di responsabilità personale; molto spesso, infatti, ci si associa alle logge per far parte di una élite, per senso di appartenenza, per ambizione, per ottenere favori, ecc., senza sapere quale sia la vera finalità dell'organizzazione (si veda l'interessante articolo-intervista al criminologo Silvio Ciappi di N. FRANCALACCI, *Massoneria: perché piace sempre più ai giovani*, 26 maggio 2015, in *https://www.panorama.it/news/massoneria-perche-piace-sempre-piu-ai-giovani*). Si tratta in realtà di un falso problema, poiché le regole del dolo impongono di accertare nell'associato la consapevolezza non solo di partecipare ad una associazione che sia "segreta", ma anche che quest'ultima svolta "attività diretta ad interferire" sulle funzioni pubbliche e che la sua partecipazione contribuisca in qualche modo al funzionamento dell'associazione, tutti elementi che debbono ricadere nel "fuoco del dolo" (in tal senso in dottrina: G. PIOLETTI, voce *Società (associazioni) segrete*, cit., p. 449; C. CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 197; A. TENCATI, *Disciplina penale dell'associazionismo segreto*, cit., pp. 759 e 761, per il quale si tratterebbe di dolo intenzionale). Ad uno scivolamento verso la responsabilità oggettiva incentrata sul mero fatto della partecipazione (o sulla regola del "non poteva non sapere") – non concernente però profili penali, ma solo morali e disciplinari – pare essersi assistito nella vicenda P2, dove, al di là della veridicità delle liste degli iscritti rinvenute dagli inquirenti, sembra certo che alcuni affiliati non fossero a conoscenza delle reali attività e finalità della Loggia, essendosi associati al solo scopo di ottenere prestigio o qualche favore, o per far parte di una associazione "alla moda" o credendo di partecipare ad una organizzazione massonica che agiva lecitamente (cfr. la *Relazione di minoranza* dell'On. Bastianini, cit., p. 11, e la *Relazione di minoranza* dell'On. Ghinami, cit., p. 9 ss.).

estensivo, vuol dire «*sovrapporsi, influenzarsi, intralciarsi, ostacolarsi a vicenda (fatti, azioni, attività, idee, anche persone)*»[241], e anche «*inserirsi, intromettersi di elementi o fattori estranei in un fatto, in modo da recargli pregiudizio o alterarne la fisionomia, lo svolgimento, l'obiettività*»[242]. È evocata, dunque, l'idea di un comportamento indebito, non autorizzato, in una situazione che riguarda la vita altrui o che ostacola l'altrui azione, arrecando per giunta un pregiudizio.

L'indicazione nella legge dell'oggetto dell'interferenza, ossia l'«*esercizio delle funzioni*» di organi pubblici e l'esercizio dei «*servizi pubblici essenziali di interesse nazionale*», non fa che rafforzare l'aspetto negativo del significato. Si presume, anzi ci si aspetta, che la gestione della cosa pubblica sia rivolta esclusivamente all'interesse pubblico, senza interferenze indebite e pressioni. Se è inevitabile che nelle scelte del funzionario possano incidere gli ideali, le convinzioni, l'esperienza maturata o persino la fede, non altrettanto potrà dirsi qualora l'orientamento dell'attività pubblica venga determinato da altri individui (qualunque forma essi assumano, collettiva, occulta o palese).

7.2. È altamente probabile che il termine "interferire" e i suoi derivati siano stati utilizzati in alcune delle migliaia di documenti normativi che affollano il nostro ordinamento giuridico.

Con un significato probabilmente analogo a quello attribuibile alla locuazione utilizzata nella legge Anselmi, il verbo è adoperato, ad esempio, nel *Codice di comportamento dei dipendenti pubblici* di cui al D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, il cui art. 5, co. 1, dispone che «*Nel rispetto della disciplina vigente del diritto di associazione, il dipendente comunica tempestivamente al responsabile dell'ufficio di appartenenza la propria adesione o*

[241] Voce *Interferire*[2], in *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, Vol. VIII, Torino, Utet, 1973. Così anche la parola "interferenza" che significa «*Incontro di azioni, fatti, processi, idee, interessi, che si influenzano reciprocamente, si sovrappongono l'uno all'altro o si trovano comunque in rapporto, per lo più in modi contrastanti*», e, in senso figurato, «*Intrusione di un elemento estraneo*» (voce *Interferenza*[14], ivi).

[242] Voce *Interferire*, in *Vocabolario della Lingua Italiana*, Vol. II, Roma, Treccani, 1987. Così anche la parola "interferenza": «*Incontro di azioni, iniziative, interessi, idee diverse, per lo più discordanti, o che tendano comunque a influire l'una sull'altra determinando spesso un contrasto; più genericam. intromissione, inframmettenza*» (voce *Interferenza*[3], ivi).

appartenenza ad associazioni od organizzazioni, a prescindere dal loro carattere riservato o meno, i cui ambiti di interessi possano interferire *con lo svolgimento dell'attività dell'ufficio*». Il sostantivo è usato, poi, nel D.Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, recante la *Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati*, che prevede – quale comportamento "scorretto" – «*l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato*» (art. 2, co. 1, lett. *e*)[243].

In un significato affatto differente, invece, la parola "interferenza" è utilizzata nella rubrica dell'art. 615-*bis* C.p., che incrimina le «*interferenze illecite nella vita privata*», che ci sembra l'unico caso in ambito penale in cui ricorra questo termine, oltre alla L. n. 17 del 1982. Il fatto incriminato consiste nel "procurarsi indebitamente notizie o immagini" attinenti alla vita di una persona nei luoghi di privata dimora attraverso «*l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora*», e nella rivelazione o diffusione al pubblico delle notizie e delle immagini ottenute[244].

Con una connotazione non necessariamente negativa, nella dottrina costituzionalista si parla di "conflitti di interferenza" per indicare una *species* dei conflitti tra poteri dello Stato che si verificano quando «i poteri divisi abbiano zone di contatto e interferenze reciproche» e vanno risolti alla luce del principio di leale cooperazione

[243] Su cui si rinvia a S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Gli illeciti – Le sanzioni – Il procedimento*, cit., p. 111 ss. Nella giurisprudenza è stata considerata «ingiustificata interferenza»: la condotta del magistrato che manifesta al pubblico ministero e al Gip assegnatari del procedimento il proprio interessamento per la posizione processuale dell'indagato; la condotta del magistrato che sollecita la definizione della posizione di un imputato detenuto, da lui indicato come "fraterno e fidato amico"; la condotta del magistrato che si interessa, sia pure in termini generali e in mancanza di prove del rapporto di strumentalità tra interessamento e risultato favorevole, di soggetti coinvolti in procedimenti, formulando più o meno espliciti attestati di stima nei loro riguardi e con insistenti richieste di informazioni, che, pur non costituendo indebite pressioni, sono idonei a creare condizionamenti o apparenze di condizionamenti sull'autorità inquirente; la condotta del procuratore aggiunto che chiede ripetutamente a sostituti del suo ufficio notizie in merito agli sviluppi di alcuni procedimenti penali in corso (*op. cit.*, p. 111, nt. 81).

[244] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 510, rileva che «Sotto la non ineccepibile rubrica» dell'art. 615-*bis* C.p. si contemplano «due distinte fattispecie, rispondenti alle due tipologie ontologiche di aggressione al bene della riservatezza», ossia la *indiscrezione* e la *divulgazione*.

che «si traduce nell'obbligo, da parte di chi esercita una funzione pubblica in base alle leggi che la regolano, di tenere presente le prerogative dell'altro "potere" con cui si trovasse occasionalmente ad interagire»[245].

Il termine di cui si discute è ampiamente utilizzato a livello internazionale e in contesti differenti. Ne ritroviamo, innanzitutto, una definizione nel *Black's Law Dictionary*, in cui il verbo "*interfere*" è descritto nel seguente modo: «*To check; hamper; hinder; disturb; intervene; intermeddle; interpose; to enter into, or to take part in, the concerns of others*»[246]; ossia "controllare", "ostacolare", "intralciare", "disturbare", "intervenire", "frapporsi", "intromettersi", "interporsi", o "entrare o far parte degli affari altrui". Come si vede, però, si tratta di meri sinonimi che non aiutano a comprendere in cosa consista concretamente la condotta di interferenza.

Il termine è largamente impiegato, ad esempio, nella legislazione penale statunitense, in particolare nel Titolo 18 dello U.S. Code, dedicato ai «*Crimes and criminal procedure*», ove la "*interference*" è contenuta, ad esempio, nei §§ 118 ("*Interference with certain protective functions*"), 593 ("*Interference by armed forces*"), 595 ("*Interference by administrative employees of Federal, State, or Territorial Governments*"), 1364 ("*Interference with foreign commerce by violence*"), 1367 ("*Interference with the operation of a satellite*"), 1917 ("*Interference with civil service examinations*"), 1951 ("*Interference with commerce by threats or violence*")[247].

La locuzione «*acts of unlawful interference*» si rinviene nell'Annesso 17 alla *Convenzione sull'aviazione internazionale civile*, intitolato *Safeguarding International Civil Aviation Against Acts of Unlawful Interference*, e, ai sensi del Chapter 1, ricomprende gli «*acts or attempted acts such as to jeopardize the safety of civil aviation*» ("le azioni o il tentativo di azioni che possono

[245] R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 6, p. 3 ss.

[246] M.A.H. CAMPBELL BLACK, *Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 4th ed., St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1968, p. 951.

[247] Ma l'interferenza, anche se non menzionata nella rubrica, è incriminata in molte altre fattispecie (es.: §§ 32, 43, 111, 115, 231, 245, 248, 249, e nei reati contenuti nel *Chapter 111A*, "*Destruction of, or interference with, vessel or maritime facilities*").

mettere a rischio la sicurezza dell'aviazione civile")[248].

Ancora, nella Decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa agli attacchi contro i sistemi informatici, all'art. 3 ("*Illegal system interference*") si fa obbligo agli Stati di adottare «le misure necessarie affinché l'atto intenzionale di *ostacolare* gravemente o *interrompere* il funzionamento di un sistema di informazione mediante l'*immissione*, la *trasmissione*, il *danneggiamento*, la *cancellazione*, il *deterioramento*, l'*alterazione*, la *soppressione* di dati informatici o rendendoli inaccessibili sia punito come reato se commesso senza diritto, almeno per i casi gravi»; all'art. 4, rubricato "*Illegal data interference*", si fa obbligo agli Stati membri di adottare «le misure necessarie affinché l'atto intenzionale di *cancellare*, *danneggiare*, *deteriorare*, *alterare*, *sopprimere* o *rendere inaccessibili* dati informatici in un sistema di informazione sia punito come reato se commesso senza diritto, almeno per i casi gravi».

Ma i documenti in cui alla "*interference*" è riservata una posizione di rilievo sono:

1) la *Dichiarazione universale dei diritti umani* (1948), che all'art. 12 prevede che «*No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence* […]. *Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks*», e all'art. 18 che il diritto di espressione «*includes freedom to hold opinions without interference*»;

2) la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* che, similmente, all'art. 8 ("*Right to respect for private and family life*") prevede che «*There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right*» (co. 2), e all'art. 12 ("*Freedom of expression*") che il diritto di espressione si esercita «*without interference by public authority and regardless of frontiers*» (co. 1).

[248] Tra cui, a titolo esemplificativo, vengono citane le condotte di «*unlawful seizure of aircraft*», «*destruction of an aircraft in service*», «*hostage-taking on board aircraft or on aerodromes*», «*forcible intrusion on board an aircraft, at an airport or on the premises of an aeronautical facility*», «*introduction on board an aircraft or at an airport of a weapon or hazardous device or material intended for criminal purposes*», «*use of an aircraft in service for the purpose of causing death, serious bodily injury, or serious damage to property or the environment*», «*communication of false information such as to jeopardize the safety of an aircraft in flight or on the ground, of passengers, crew, ground personnel or the general public, at an airport or on the premises of a civil aviation facility*».

7.3. In considerazione della eterogeneità dei contesti giuridici in cui il termine è stato utilizzato, un dato ci sembra incontestabile: il concetto di "interferenza" assume significati differenti a seconda dell'*oggetto dell'azione*, ossia della situazione (persona, evento, azione, ecc.) su cui la condotta ricade. Si tratta insomma di un mero "guscio semantico". Questo ci porta alla conclusione che, linguisticamente, il termine "interferire" (e derivati) costituisce una parola c.d. "iperonima" (dal greco *ypér*, "sopra", e *ónoma*, "nome"), ossia una parola «dal significato più ampio di quello di uno o più termini dal significato specifico», cioè i cc.dd. "iponimi" (dal greco *ypó*, "sotto", e *ónoma*, "nome"), per cui «ciascun referente dell'iponimo è un "tipo di" ciò che rappresenta l'iperonimo»[249], e che, pertanto, può essere definita solo a partire dall'individuazione e dal significato di queste ultime unità lessicali.

Se però l'utilizzo nel linguaggio ordinario dei termini iperonimi è al giorno d'oggi più frequente «perché coprono la molteplicità di referenti particolari, soddisfacendo al tempo stesso quell'esigenza di astrattezza e genericità che è richiesta in varie situazioni comunicative»[250], le esigenze di determinatezza e precisione della legge penale non ne consentono un uso disinvolto. Ci troviamo, dunque, di fronte ad un serio caso di indeterminatezza della legge penale, che non consentirebbe di delimitare l'attività svolta dalle associazioni segrete, *verso il basso*, rispetto all'attività dei gruppi di pressione, e, *verso l'alto*, rispetto alle attività svolte dalle comuni organizzazioni criminali. Un contenuto vago di disvalore è percepibile, ma se si mantiene incerto il significato di questo elemento – da considerarsi il vero fondamento dell'incriminazione – risulterà incerta la legge penale; con la conseguenza che, in sede applicativa, potrebbero sussumersi fatti non meritevoli di pena solo perché si è accertato che gli associati si sono mossi nell'ombra, finendo così per far slittare, consapevolmente o inconsapevolmente, il disvalore del reato sull'elemento della "segretezza".

[249] F. FALOPPA, voce *Iperonimi*, in *Enciclopedia dell'italiano*, Roma, Treccani, 2010 (consultabile sul sito *http://www.treccani.it/enciclopedia/iperonimi_(Enciclopedia-dell'Italiano)/*).

[250] F. FALOPPA, voce *Iperonimi*, cit.

Arrivati però a questo punto, proseguire il nostro discorso sul concetto di "interferenza", sforzandoci magari di individuare ogni possibile significato del termine e i documenti normativi in cui esso compare, non sortirebbe alcun risultato pratico se non si affrontasse quella che, probabilmente, è la *questione centrale* del diritto penale. Ogni riflessione sul delitto di associazione segreta, come su ogni figura di reato, infatti, non può in alcun modo prescindere dall'*individuazione del bene giuridico tutelato*, che, come spesso accade nella c.d. "legislazione complementare", non è stata operata esplicitamente dal legislatore. Solo in base alla natura del bene giuridico potremo comprendere come l'interferenza penalmente rilevante si possa manifestare empiricamente, con effetti decisivi sull'effettività della legge incriminatrice. La scelta di un interesse anziché di un altro si riflette inevitabilmente sulla delimitazione del perimetro della fattispecie, e, nel nostro caso, potrebbe segnare il destino del delitto di associazione segreta, sino a decretarne la sua obsolescenza.

* * *

L'analisi del bene giuridico tutelato dalla fattispecie di associazione segreta sarà oggetto della seconda parte del nostro scritto, pubblicata nel prossimo numero di questa Rivista. Prima di tale fondamentale operazione ermeneutica, era però indispensabile porre le basi storiche e giuridiche del divieto costituzionale per comprendere il clima in cui è maturata la L. n. 17 del 1982 e il sostrato epistemologico su cui sono stati impostati i discorsi giuridici sul delitto di associazione segreta. Come vedremo, infatti, la pubblicistica e gran parte della penalistica hanno sostenuto la natura "politica" *anche* del divieto penale, senza tuttavia che l'assunto si sia tradotto in coordinate precise sulla proiezione offensiva del fatto di reato. Nella parte finale di questo saggio, inoltre, tenteremo di fornire una elencazione delle possibili forme di estrinsecazione dell'interferenza, anche alla luce della recente vicenda giudiziaria riguardante l'associazione denominata icasticamente "P3".

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI*

Voci enciclopediche (ad esclusione di quelle dedicate ai reati contro l'ordine pubblico e la personalità dello Stato, alcune delle quali comunque citate nel testo, che ne contengono solo accenni): DE FRANCESCO G., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. I, Torino, Utet, 1987, p. 316 ss.; PIOLETTI G., voce *Società (associazioni) segrete*, in *Nss. Dig. It.*, Appendice VII, Torino, Utet, 1987, p. 444 ss.

Monografie e opere collettanee: AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, Atti della Tavola rotonda promossa dall'Istituto Internazionale di Studi Giuridici, Roma 27 ottobre 1981, Roma, Istituto per la documentazione e gli studi legislativi, 1982 (estratto del fascicolo n. 1 della rivista *Rassegna Parlamentare* del 1982, i cui scritti più importanti vengono citati nella presente bibliografia alla voce "*Altri scritti*"); BARBIERA L. – CONTENTO G. – GIOCOLI NACCI P., *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, Napoli, Jovene, 1984; GALLISAI PILO M.G., *Le associazioni segrete. Profili penali*, Padova, Cedam, 1990; RAMAT M. – D'ALEMA G. – RODOTÀ S. – BERLINGUER L., *La resistibile ascesa della P2. Poteri occulti e Stato democratico*, Bari, De Donato, 1983; ROSSETTI C.G., *L'attacco allo Stato di diritto. Le associazioni segrete e la Costituzione*, Napoli, Liguori, 1994 (il testo, però, è dedicato interamente al fenomeno mafioso e in cui non è contenuto alcun riferimento alla legge sulle associazioni segrete, ma solo qualche sporadico accenno alla vicenda della P2).

Altri scritti: ALBAMONTE A., *I «gruppi di potere occulto» nella legge n. 17 del 25 gennaio 1982*, in *Riv. pen.*, 1983, pp. 5-6; BRUNELLI G., *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 178 ss. e 235 ss.; CASSARINO S., *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, in *Dir e giur.*, 1950, p. 225 ss.; CIMMINO A., *I rapporti tra massoneria e mafia in una recente decisione della Suprema Corte*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 dicembre 2018; CUOMO C., *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Vol. II, Padova, Cedam, 1985, p. 183 ss.; DE FRANCESCO G., *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 13 ss. e 138 ss.; ID., Societas sceleris. *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1, p. 92 ss.; DE SANTIS V., *Il divieto di istituire associazioni segrete. Obblighi di trasparenza dei dipendenti pubblici e tutela del pluralismo associativo*, in *federalismi.it*, 2017, 22, p. 2 ss.; FAMÀ F., *Libertà di associazione e divieto di segretezza nella Costituzione e nel T.U. leggi P.S.*, in *Giur. merito*, 1982, 3, p. 741

ss.; FERRI G.B., *Le associazioni segrete*, in *Quad. plur.*, 1983, 1, p. 19 ss. (anche in AA.VV., *Scritti in onore di Raffaele Moschella*, a cura di B. Carpino, Perugia, Università degli Studi di Perugia, 1985, p. 241 ss.); GALLO E. – MUSCO E., *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, Pàtron, 1984, p. 63 ss.; GARGANI A., *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, in AA.VV., *Potere e responsabilità nello Stato costituzionale. Prospettive costituzionalistiche e penalistiche*, Atti del convegno, Messina 11 marzo 2011, Torino, Giappichelli, 2011, p. 120 ss.; GHERGHI V., *Brevi considerazioni sulla recente disciplina legislativa in materia di associazioni segrete*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1983, 15-16, p. 1591 ss.; GIANNINI M.S., *Associazioni segrete e gruppi di potere*, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 1756 ss.; ID., *Una legge sbagliata per sciogliere la "Loggia P2"*, su *Il tempo* del 4 dicembre 1981 (in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., p. 73 ss.); ID., *Le verità intermedie (a proposito della Loggia P2)*, su *Il Tempo* 4 luglio 1981 (in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., p. 48 ss.); ID., *Circa talune pronunce amministrative concernenti la Loggia P2*, in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., p. 51 ss.; GRISOLIA F., *La P2: uno sleale adeguamento del potere alle nuove strutture sociali*, in *Dem. e dir.*, 1982, 2, p. 249 ss.; GUSTAPANE A., *Illecito disciplinare ed appartenenza ad associazioni segrete ai sensi della l. n. 17 del 1982*, in *Foro amm.*, 1985, 6, p. 1279 ss.; ID., *Il limite della segretezza alla libertà di associazione*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1984, 66, p. 67 ss.; MACRÌ C. – MACRÌ V., *La legge antimafia. Commento per articolo della l. 646/1982 integrata dalle ll. 726 e 936/1982*, Napoli, Jovene, 1983, p. 34 ss.; MANICCIA A., *Le problematiche interpretative della condotta di «interferenza» nel reato di associazione segreta*, in *Cass. pen.*, 2019, 1, p. 144 ss.; MASTROPAOLO F., *Riserbo e segreto delle associazioni non riconosciute e associazioni segrete*, in *Quad. plur.*, 1983, 1, p. 118 ss.; MELONCELLI A., *Associazioni segrete e diritto di associazione*, in *Dem. e dir.*, 1981, 4, p. 112 ss.; ID., *Società segrete*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Atti del convegno nazionale, Roma 26-28 ottobre 1981, Padova, Cedam, 1983, p. 179 ss.; NANNUCCI U., *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte (davvero possibile la convivenza tra funzioni pubbliche e associazioni occulte?)*, in *Cass. pen.*, 1992, 10, p. 2499 ss.; ID., *Il giudice non può essere massone*, in *Cass. pen.*, 1996, 1, p. 388 ss.; NEPPI MODONA G., *Criminalità organizzata e prospettive di riforma dei delitti contro la personalità dello stato*, in AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, Franco Angeli, 1984, p. 365 ss.; ID., *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 1983, 4, p. 41 ss.; NUVOLONE P., *Legalità penale, legalità*

processuale e recenti riforme, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1, p. 9; ID., *Massoneria e norme penali*, in *Ind. pen.*, 1981, 2, p. 451 ss.; ID., *Massoneria e associazioni segrete*, in *Ind. pen.*, 1981, 2, p. 453 ss.; ID., *Babele del diritto*, in *Ind. pen.*, 1981, 2, p. 456 ss.; ID., *I limiti della responsabilità*, in *Ind. pen.*, 1981, 2, p. 458 ss.; ID., *Massoneria e norme penali*, in *Ind. pen.*, 1981, 2, p. 451 ss.; ID., *Oscure minacce alla democrazia*, su *Il Tempo* del 19 gennaio 1982 (in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., p. 79 ss.); PACE A., *Art. 18*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Vol. II, *Rapporti civili. Art. 13-20*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, 1977, p. 216 SS.; ID., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*^{2}, Milano, Giuffrè, 1992, p. 366 ss.; PALAZZO F.C., *La recente legislazione penale*^{3}, Padova, Cedam, 1985, p. 334 ss.; ID., *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 2, p. 418 ss. (in particolare p. 437 ss.); PETTA P., *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 743 ss.; ID., *Reati associativi e libertà di associazione*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, Sapere 2000, 1984, p. 195 ss.; PONTIN M., *Primi appunti sullo stato di attuazione della legge 25 gennaio 1982, n. 17, in materia di associazioni segrete*, in AA.VV., *Il delitto politico. Tra storia e cronaca*, in *Quaderni di Critica del diritto*, Ancona, Nuove ricerche, 1996, p. 137 ss.; RIDOLA P., *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 238 ss.; RIVELLO P.P., *Accertamenti amministrativi circa la partecipazione ad associazioni segrete: un intervento (almeno parzialmente) chiarificatore della Corte Costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1989, 4, p. 595 ss.; ROBERTI G., *Strani aspetti giuridici della vicenda P2*, in *Idea,* 1982, 2, p. 39 ss.; RODOTÀ S., *La vicenda della P2. Occupazione del potere e partito politico*, in *Dem. e dir.*, 1983, 1, p. 5 ss. (anche in M. RAMAT – G. D'ALEMA – S. RODOTÀ – L. BERLINGUER, *La resistibile ascesa della P2. Poteri occulti e Stato democratico*, cit., p. 145 ss., con il titolo *P2 e Stato. Le dinamiche di occupazione del potere da parte del partito occulto*, versione citata nel testo); SCAVONE A., *La vicenda della c.d. loggia P2*, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 1722 ss.; ID., *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, in *Crit. pen.*, 1982, 1, p. 15 ss.; SICA V., *Le associazioni nella Costituzione italiana*, Napoli, Jovene, 1957, p. 31 ss.; SIGNORELLI G., *Stato democratico e società segrete*, in *Vita sociale*, 1994, 2, p. 81 ss.; SPAGNA MUSSO E., *Il problema costituzionale della massoneria*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1361 ss.; SUMMA A., *Poteri occulti e istituzioni democratiche. Il divieto di associazioni segrete*, in *Parlamento*, 1990, 1-2, pp. 48-49; TAMBURINO G., *Le associazioni*, in *Riv. poliz.*, 1948, 1-2, p. 418 ss.; TENCATI A., *Disciplina penale dell'associazionismo segreto*, in *Riv. pen.*, 1985, p. 757 ss.; TESTI C.A., *Le associazioni segrete. Attualità di un problema*, in

Giust. pen., 1981, 7, II, c. 430 ss.; TURONE G., voce *Associazioni criminose*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, Giuffrè, 1986, p. 27 ss.; ID., *Il delitto di associazione mafiosa*[2], Milano, Giuffrè, 2008, p. 369 ss.; ZAGREBELSKY G., *Disarmati contro la setta*, in *Il Sole 24 Ore* del 29 maggio 1981, p. 3; ZANZUCCHI M.T., *La libertà di associazione secondo la nuova Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Cicu*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1951, p. 493 ss.

Commentari: *Commentario a cura di Antonio Liserre*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1982, 5, p. 1228 ss. (A. Liserre, *Artt. 1, 2* e *3*; E. Balboni, *Art. 4*; A. Nova, *Artt. 5* e *6*); *Commentario breve alle leggi penali complementari*[2], a cura di C.E. Paliero e F.C. Palazzo, Padova, Cedam, 2007, p. 505 ss.

* La presente bibliografia non include le trattazioni sulle associazioni segrete contenute nei manuali di diritto pubblico e costituzionale e nelle voci enciclopediche (enciclopedie e dizionari giuridici) sulla libertà di associazione, alcune delle quali comunque citate nel testo. Gli interventi pronunciati nelle sedute dell'Assemblea Costituente di cui si fa menzione sono liberamente consultabili sul sito *www.nascitacostituzione.it*.

ABSTRACT

Il discorso giuridico moderno sull'associazionismo segreto, parte della "teoria della libertà di associazione", si sviluppa timidamente nel secolo scorso a partire da alcuni provvedimenti legislativi del regime fascista in materia di pubblica sicurezza, e raggiunge il suo apice con l'ingresso del divieto in Costituzione al secondo comma dell'art. 18. Comunque oggetto di scarso interesse da parte della pubblicistica, la *ratio* del disposto costituzionale è stata variamente giustificata. L'assunto di fondo secondo cui il divieto poggerebbe su una presunzione assoluta di pericolosità (e, quindi, di illiceità) delle unioni clandestine – originato dalla laconicità della proposizione che non fa cenno all'attività o al fine di queste ultime, né alle conseguenze della sua violazione –, non è stato scardinato dall'orientamento dominante che ha inquadrato il fenomeno sociale in una "dimensione politica", difficilmente definibile. Anche sul versante penalistico, il contributo della dottrina si è ridotto agli scarsi commenti sull'aggravante di cui all'art. 339 C.p. Solo lo scandalo suscitato dalla scoperta della Loggia massonica "P2", all'inizio degli anni '80, ha risvegliato l'attenzione della scienza giuridica sull'argomento. Lo "tsunami" provocato a vari livelli nell'ordinamento giuridico è culminato nell'emanazione della L. 25 gennaio

1982, n. 17 (c.d. "legge Anselmi"), prototipo della c.d. "legislazione dell'emergenza" e da subito criticata per le sue potenzialità illiberali, soprattutto per i movimenti politici e i gruppi di pressione (cc.dd. "*lobbies*"). Le maggiori perplessità hanno riguardato la definizione di "associazione segreta" contenuta all'art. 1 della legge citata, e, in particolare, il riferimento allo svolgimento della «*attività diretta ad interferire*» sulle funzioni pubbliche, al cui accertamento è subordinata l'irrogazione delle sanzioni (penali, amministrative e disciplinari) previste dalla legge Anselmi. Il presente scritto vuole fornire un contributo allo studio della fattispecie incriminatrice e al concetto di "interferenza" – un termine da qualificarsi come "iperonimo" –, la cui ambiguità non consente di delimitare il perimetro oggettivo della fattispecie e il confine con altri fenomeni associativi, considerando che, per la natura dell'oggetto materiale (ossia le funzioni pubbliche), l'attività di interferenza sembra costituire una condotta già punibile ai sensi di altre fattispecie. Previa individuazione del bene giuridico tutelato, si tenterà pertanto di elencare le forme di estrinsecazione dell'interferenza che non costituiscano reato – anche alla luce delle recenti vicende giudiziarie sull'associazione denominata "P3" –, evidenziando tutta la fragilità della fattispecie e, *de jure condendo*, la necessità di una riforma complessiva dei reati associativi e dei reati contro la pubblica amministrazione, più volte auspicata dal mondo accadimento e giudiziario.

The contemporary juridical dissertation on secret associations, which is part of the "theory of freedom of association", gradually developed in the last century, starting with some legislative measures from the fascist regime in the context of public security, and finds its culmination in the introduction of ban in the Constitution, specifically in the second paragraph of art. 18. However subject to a slight interest from publicity, the ratio *of the constitutional provision has been differently justified. The basic assumption that the prohibition relates to an absolute presumption of danger (and, therefore, illegitimacy) of clandestine unions – initiated by the laconicism of the proposition that does not mention the activity or purpose of the latter, nor the consequences of its violation – was not disrupted by the predominant orientation that framed the social phenomenon in a "political dimension", difficult to define. Also, on the criminal front, the contribution made by the doctrine was reduced to a few comments on the aggravating circumstance referred to in art. 339 C.p. It was only with the scandal aroused by the finding of the masonic Lodge called "P2", in early 1980s, that the attention from the legal science was awakened on the subject. The "tsunami" caused at various levels in the legal system culminated in the enactment of Law 25 January 1982, no. 17 (so-called "Anselmi law"), prototype of the so-called "emergency legislation" and immediately criticized for its*

illiberal potential, in particular for political activities and pressure groups (so-called "lobbies"). The main concerns involved the definition of "secret association" contained in art. 1 of the aforementioned Law, and, specifically, the reference to the performance of the "activity aimed at interfering" on public functions, the assessment of which is subject to the imposition of the penalties (criminal, administrative and disciplinary) established by the Anselmi law. This writing aims to provide a contribution to the study of the incriminating case and to the concept of "interference" – term qualified as "hyperonymous" –, whose ambiguity does not allow to delimit the objective perimeter of the instance and the boundary with other associative phenomena, considering that, due to the nature of the material object (i.e. public functions), the interference activity seems to constitute a behavior already punishable under other incriminating instances. After identifying the protected legal asset, an attempt will be made to list the forms of manifestation of the interference that do not constitute a crime – also in light of the recent legal proceedings on the association called "P3" –, highlighting all weaknesses and, de jure condendo*, the need for a complex reform of association crimes and crimes against the public administration, which has been often called for by the academic and judicial world.*

PIERGIUSEPPE BASILE [*]

BREVI NOTAZIONI SUL CONTENZIOSO ELETTORALE: TRA PROBLEMATICHE APERTE E PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Elezioni amministrative ed elezioni politiche: mancanza di unitarietà della disciplina. - 3. Le forme di tutela individuate dal Codice. - 4. Gli spazi riservati all'azione popolare. - 5. Il rito elettorale ex art. 130 c.p.a. - 6. (Segue) Breve analisi dei casi giurisprudenziali. - 7. Spunti di riflessione sull'introduzione di sistemi di voto elettronico. - 8. (Segue) Gli spazi di operatività del voto elettronico. - 9. Benefici voto presidiato e beneficio "democratico". - 10. Prospettive. - 11. Conclusioni.

1. *Premessa*

Come noto, all'interno del nostro ordinamento la disciplina relativa al contenzioso elettorale risulta essere estremamente frastagliata, tale da far apparire il momento del voto quale nucleo di una galassia intorno alla quale ruotano questioni ancora irrisolte.

Numerose, infatti, sono le problematiche poste all'attenzione dell'interprete.

Se, da una parte, in passato è stato affrontato il nodo della giurisdizione, più di recente ci si è interrogati sulla possibilità di promuovere delle contestazioni in merito alla legittimità delle operazioni elettorali nella fase antecedente la proclamazione degli eletti o in un periodo successivo. Ulteriori profili di interesse sono poi rappresentati in relazione alla legittimazione ad agire ed alle concrete modalità di proposizione di un sindacato sulle operazioni elettorali.

In particolare, la presente analisi cercherà di evidenziare le peculiarità della disciplina giuridica, soffermandosi sullo sviluppo del

[*] Cultore della materia in Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

contenzioso elettorale[1] successivo all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo e provando, infine, ad individuare strumenti di correzione di (alcune) delle difficoltà che si illustreranno.

2. *Elezioni amministrative ed elezioni politiche: mancanza di unitarietà della disciplina*

Preliminarmente, occorre evidenziare che in tema di giurisdizione si distinguono, ormai, le controversie relative lo *status* degli elettori ed il diritto dei candidati a ricoprire la carica elettiva, rimesse al giudice ordinario, dalle questioni inerenti il procedimento sulle operazioni elettorali[2] per le quali viene riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo[3].

[1] Il quale: «*comprende tanto il contenzioso sulla formazione delle liste elettorali quanto quello relativo allo status di eleggibilità ed alle operazioni elettorali successive alla indizione dei comizi e fino alla convalida. Esso salvaguarda tanto la pretesa alla legalità della organizzazione amministrativa, quanto l'ius ad officium garantendo le situazioni giuridiche connesse: di interesse legittimo al procedimento e di diritti soggettivi all'elettorato*» così C.M. IACCARINO, *Elezioni amministrative (voce)* [XIV, 1965], in *Enciclopedia del Diritto*.

[2] In particolare le cause di ineleggibilità, decadenza e incompatibilità. In merito si rinvia a E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2015, p. 1004; nonché P. VIRGA, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1992, p. 464; C. MIGNONE, *Giustizia elettorale amministrativa*, Milano, 1981; G. DE FINA, *Diritto elettorale*, Torino, 1977.

[3] Rilevanti sotto tale profilo sono diverse pronunce della Consulta che hanno accompagnato il processo di autonomia e indipendenza del rito elettorale. In particolare, attraverso la storica sentenza n. 93 del 1965, è stata sancita l'illegittimità costituzionale del d.p.r. 16 maggio 1960, n. 570, il quale rimetteva in prima battuta ai consigli comunali, ed in grado di appello alle giunte provinciali amministrative, la decisione sulle controversie inerenti le operazioni elettorali. In seguito, con la legge 23 dicembre 1966, n. 1147 sono state individuate specifiche Sezioni aventi sede, per ciascuna Regione, presso la Corte di Appello le quali, nell'attesa della istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali, composte da funzionari dell'Amministrazione civile e cittadini elettori. Come appare evidente, la composizione delle Sezioni non rispondeva adeguatamente alle esigenze d'imparzialità ed indipendenza sopra richiamate e a tal proposito la Corte Costituzionale con la sentenza n. 49 del 1968 dichiarò l'illegittimità costituzionale della stessa[3]. Sul punto si veda G. SALA, *Problemi del processo amministrativo nella giurisprudenza (dell'Adunanza Plenaria): lineamenti del contenzioso elettorale*, *Dir. Proc. Amm,* 1985, p. 465; nonché F. VITRÒ, *I riti elettorali*, in F.G. SCOCA, *Giustizia Amministrativa*, 2013, pp. 518 e ss.

La ragione di fondo di tale distinzione, accolta in giurisprudenza[4], risiede nella tesi secondo la quale le questioni inerenti le operazioni elettorali riguarderebbero interessi legittimi[5], mentre le controversie sull'eleggibilità rientrerebbero nella categoria dei diritti soggettivi[6]. Ciò

[4] In particolare, tra le tante, si veda T.A.R. Parma, sez. I, 27/09/2019, n. 208, secondo la quale: «*in materia di contenzioso* elettorale *amministrativo, spettano al giudice amministrativo le controversie in tema di operazioni elettorali, la cui regolarità è stabilita nel pubblico interesse, vertendosi in tema di tutela di posizioni d'interesse legittimo. Sono, invece, devolute al giudice ordinario le controversie concernenti l'ineleggibilità, la decadenza e l'incompatibilità, in quanto volte alla tutela del diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato passivo; né la* giurisdizione *del giudice ordinario incontra limitazioni o deroghe per il caso in cui la questione di eleggibilità venga introdotta mediante impugnazione del provvedimento perché, anche in tale ipotesi, la decisione verte non sull'annullamento dell'atto amministrativo, bensì sul diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato attivo o passivo»,* in *www.giustizia-amministrativa.it.* Sul tema Cons. St., Sez. III, 19/07/2019, n.5102, ha altresì affermato che: *«la giurisdizione che tali disposizioni assegnano al giudice amministrativo ha ad oggetto le sole "operazioni elettorali", ossia la regolarità delle forme procedimentali di svolgimento delle elezioni, alle quali fanno capo nei singoli posizioni che hanno la consistenza dell'interesse legittimo, non del diritto soggettivo. E benché tali operazioni non si esauriscano nelle attività di votazione, ma si estendano al procedimento elettorale preparatorio per le elezioni regionali e comprendano tutti gli atti del complesso procedimento, dall'emanazione dei comizi elettorali sino alla proclamazione degli eletti, resta tuttavia attribuita all'autorità giudiziaria ordinaria la cognizione delle controversie nelle quali si fanno valere posizioni di diritto soggettivo, quali quelle che si riconnettono al diritto di elettorato attivo»* in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[5] Si osservi che la Legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, (Legge sul contenzioso amministrativo), art. 2, specificava che: «sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa». Successivamente, l'art. 6 della legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali (l. 6 dicembre 1971, n. 1034), ha rimesso in via legislativa, esplicitamente, al giudice amministrativo la decisione inerente ricorsi sulle operazioni elettorali delle elezioni comunali, provinciali e regionali, lasciando in capo al giudice ordinario le questioni relative l'ineleggibilità, la decadenza e l'incompatibilità.

[6] In dottrina è stato osservato che: «*forse è più realistico non forzare lo schema del riparto della giurisdizione, definendo, per amor di tesi, interesse legittimo quel che appare ictu oculi un diritto soggettivo pubblico e ritenere che con la novella del '66 si sia creato un frammento di giurisdizione esclusiva in capo al giudice per tutte le questioni relative al procedimento elettorale…una giurisdizione piena, sui diritti e gli interessi che investe direttamente l'attività posta in essere la cui distorsione il giudice è chiamato a correggere sindacando anche il merito delle valutazioni operate*», così G. SALA, *op. cit.*, p. 466. Sul punto è stato altresì sostenuto che: «*in effetti, qualora si convenga sul fatto che il contenzioso elettorale, nella sua duplice forma, è*

sul presupposto che le prime vertono in via diretta sull'osservanza: «*di norme di azione rivolte alla tutela dell'interesse pubblico all'ordinato svolgimento della competizione elettorale e non di quello particolaristico dei singoli candidati, per cui dette norme soltanto in via mediata e riflessa incidono sui diritti pubblici dei candidati*» i quali vengono ad esistenza: «*solo quando si sia completamente svolto, in modo regolare, il procedimento elettorale, sussistendo prima solo una mera aspettativa*»[7].

Una seconda caratteristica[8] della materia, che si discosta dalle scelte operate da altri ordinamenti[9], si rinviene nella verifica dei poteri[10] in tema di elezioni politiche che, muovendo dall'art. 66 Cost.[11], individua

il rimedio processuale volto ad assicurare la corretta copertura degli uffici elettivi, e nel contempo si ravvisasse la tutela di diritti soggettivi nel contenzioso di regolarità, sarebbe disagevole giustificare la ragionevolezza della bipartizione giurisdizionale in atto, quando invece quest'ultima potrebbe venir eliminata – con grande vantaggio per la semplificazione e la certezza del diritto – concentrando le controversie presso quel giudice che può, indifferentemente, conoscere di diritti e interessi legittimi, fatti valere nei confronti della p.a.», in questi termini C. MIGNONE, *Il riparto della giurisdizione nel contenzioso elettorale*, *For. Amm.*, 1982, p. 610.

[7] In questi termini Cass. Civ., SS. UU., 3 giugno 1986, n. 3705, laddove si specifica che: «*ne consegue che se vizi di siffatto procedimento siano riscontrati dal giudice amministrativo nell'ambito della sua giurisdizione generale di legittimità, il predetto diritto risulterà inesistente per il difetto del suo necessario presupposto*», in *www.cortedicassazione.it.*

[8] Sul punto si veda F. VITRÒ, *op. cit.*, pp. 518 e ss.; nonché G. PICCIRILLI, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedimentali*, *Rassegna Parlamentare*, 2006 fasc. 3, pp. 785 – 808.

[9] Per un'analisi comparata si veda M.L. MAZZONI HONORATI, *Osservazioni sulla verifica dei poteri in Francia, Gran Bretagna, Germania federale e Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 4/1983, p. 1412 e ss.; sul punto si cfr. anche F. LANCHESTER, *La verifica dei poteri nel diritto comparato: modelli a confronto*, in *Giurisprudenza costituzionale*. n. 43/1999, pp. 2859 e ss.; nonché P. PASSAGLIA, *La giustizia elettorale in Francia: un delicato equilibrio tra complessità ed efficacia*, in *www.federalismi.it*, n.14/2015 e G. CAMPANILE, *Il contenzioso pre-elettorale in Francia: quale soluzione per un puzzle giurisprudenziale?*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002 fasc. 4, pp. 1725 – 1732.

[10] Secondo E. LEOPOLDO, per: *«contenzioso elettorale politico» intendiamo dei procedimenti i quali, a nostro avviso, si designano in modo più proprio con l'espressione «verifica delle elezioni», che, inoltre, sottolinea l'intento di circoscrivere al diritto vigente in Italia la trattazione del tema. Ma, a parte ciò, la formula allude ad una particolare soluzione del problema più generale (che si presenta per tutte le assemblee rappresentative) e che può così esprimersi: come disciplinare un sindacato di legittimità sui titoli di ammissione dei componenti le assemblee stesse, sindacato che si svolga al di fuori della organizzazione elettorale politica?*» *Elezioni politiche (contenzioso) (voce)* [XIV, 1965], in *Enciclopedia del Diritto*.

[11] Secondo cui: «*ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità*».

le Camere quali organi competenti a verificare la regolarità delle operazioni elettorali[12], escludendo qualsiasi forma di giurisdizione ordinaria o amministrativa sul punto[13].

[12] In particolare, attraverso la nota sentenza n. 259 del 2009, la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 23 e 87 del D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, sollevata dal C.G.A.R.S.: «*nella parte in cui non prevedono l'impugnabilità davanti al giudice amministrativo delle decisioni emesse dall'Ufficio elettorale centrale nazionale, aventi, per effetto, l'arresto della procedura, a causa della definitiva esclusione del candidato o della lista dal procedimento elettorale*». La sentenza in particolare ha negato la circostanza che vi sia un vuoto di tutela per situazioni giuridiche soggettive nella fase pre-elettorale in quanto: «*il giudice competente in materia è stato, infatti, individuato nello stesso organo parlamentare dal giudice supremo del riparto delle giurisdizioni, che, a norma della Costituzione (art. 111, ottavo comma) e delle leggi vigenti, è la Corte di cassazione. La circostanza che la Camera dei deputati abbia, a sua volta, negato la propria giurisdizione sulle controversie riguardanti atti del procedimento elettorale preparatorio, implica che sulla questione possa sorgere un conflitto di giurisdizione, che non spetta a questa Corte risolvere (ordinanza n. 117 del 2006), oppure, qualora ricorrano i presupposti soggettivi ed oggettivi, un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*», in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Tale impostazione, tuttavia, è stata fortemente criticata sul presupposto che: «*desta meraviglia che non sia stato sollevato alcun dubbio sulla rispondenza di questi (pretesi) organi giudicanti ai principi e agli istituti del giusto processo. Eppure è difficile non dubitare della terzietà e della imparzialità delle Giunte (e delle stesse Assemblee), soprattutto considerando che l'eventuale accoglimento di un reclamo che sia stato illegittimamente escluso dalla competizione elettorale comporterebbe (almeno in teoria) il rifacimento, totale o parziale delle elezioni. I componenti delle Assemblee (e delle Giunte) sono pertanto controinteressati rispetto a colui che chiede loro giustizia*» così F.G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, *Giur. Cost.*, 2009, 5, p. 3617.

[13] In particolare, secondo la Cassazione civile, SS.UU., 08/04/2008, n. 9151: «*ogni questione concernente le operazioni elettorali, ivi comprese quelle relative all'ammissione delle liste, compete in via esclusiva al giudizio delle Camere, restando così preclusa qualsivoglia possibilità di intervento in proposito da parte di qualsiasi autorità giudiziaria. La natura giurisdizionale della funzione di autodichia svolta in proposito dalle Camere attraverso organi propri è da intendersi come funzione giurisdizionale esclusiva, la cui estensione vale anche per la fase preparatoria elettorale, ed in particolare per le questioni di ammissione od esclusione delle liste dalla competizione. Né il giudice amministrativo né il giudice ordinario sono dotati di giurisdizione in ordine a tali controversie. Può dunque parlarsi di difetto assoluto di giurisdizione*» in www.giustiziaamministrativa.it. Sul punto è stato sottolineato che: «*la ferrea riserva alla propria autodichia di ogni e qualsiasi controversia che comunque le riguardi, che ha sempre costituito un punto fermo delle due Camere del Parlamento italiano, nell'intento di impedire qualsiasi indiscreta interferenza nella organizzazione, nel funzionamento e nella stessa composizione personale dei propri membri, ha sinora concorso nel dissuadere il legislatore ordinario da ogni velleità di intervento normativo nel settore del contenzioso elettorale politico*», così N. SAITTA, *L'araba fenice del contenzioso elettorale (a proposito del c.d. codice del processo amministrativo)*, in *Giustamm*, n. 6 – 2010. Sul tema si cfr. altresì G. PICCIRILLI, *op. cit.*,

Per effetto di siffatto principio, dunque, si registra una scissione nel sistema di controllo sulle operazioni elettorali tra le prerogative costituzionali riservate alla Camera ed al Senato[14] rispetto alla tutela giurisdizionale approntata dall'ordinamento in favore delle altre rappresentanze assembleari[15], conducendo ad una sorta di doppio binario[16] che distingue tra elezioni politiche da una parte, amministrative ed europee dall'altra.

Tale disomogeneità ha portato la dottrina a sollevare critiche sul presupposto che, per lo meno nella fase pre-elettorale, ciò comporterebbe un vuoto di tutela[17]. E proprio al fine di rimediare a

p. 793; nonché L. TRUCCO, *Contenzioso elettorale e verifica dei poteri tra vecchie - ma mai superate - e nuove questioni*, *Rassegna Parlamentare*, 2006 fasc. 3, pp. 809 – 830.

[14] Sul punto è stato sottolineato che: «*se, infatti, può osservarsi come lo sviluppo istituzionale italiano sia stato per lungo tempo egemonizzato dalla considerazione dell'art. 66 Cost. come di una norma riguardante l'intero procedimento elettorale, dandosi per scontata la necessità di (continuare a) salvaguardare la prerogativa parlamentare in questione in nome dell'incondizionata tutela dell'autonomia e indipendenza delle Camere, più di recente, di questo stesso postulato, si è cominciato a porre in dubbio l'assoluta validità, con riferimento almeno alla "fase preparatoria" di verifica appunto dei "titoli di ammissione". Così, già con riferimento al contenzioso elettorale della tornata elettorale del 2006, poteva ricavarsi un quadro giurisprudenziale nel complesso oscillante ed incerto, se certamente non con riguardo al punto di approdo, costituito, nella maggioranza dei casi, dal riconoscimento del difetto assoluto di giurisdizione da parte dei giudici in materia quanto meno in relazione alle rispettive aree d'intervento e conseguentemente ai reciproci rapporti tra gli organi di garanzia elettorale*», così L. TRUCCO, *Ammissibilità delle liste elettorali: un chiarimento "una volta per tutte"?*, in *www.giurcost.org*, pp. 3.

[15] Si cfr. G. A. PRIMERANO, *Il contenzioso elettorale davanti al g.a. nella recente evoluzione normativa e giurisprudenziale*, *(nota a Cons. St., ad. plen., 9 ottobre 2013 n. 22),* in *Dir. Proc. Amm*., fasc. 3, 2014, p. 913.

[16] In questi termini E. CATELANI, F. DONATI, M. C. GRISOLIA, *La giustizia elettorale. Atti del Seminario svoltosi a Firenze, il 16 novembre 2012*, Napoli, 2013. In particolare, secondo gli Autori: «*il tentativo di interpretare il contenzioso post-elettorale nella prevalente prospettiva della giurisprudenza costituzionale – privilegiata nei Seminari del "Gruppo di Pisa" – non può prescindere dall'art. 66 Cost., che, nell'ordinamento costituzionale italiano, ha avuto l'effetto di incanalare ogni forma di contenzioso post-elettorale su due binari distinti: da un lato, le Camere, che giudicano in via esclusiva dei risultati delle elezioni politiche, dei titoli di ammissione dei propri membri e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità; dall'altro, le altre assemblee rappresentative e gli altri organi elettivi, per i quali è prevista un'effettiva tutela giurisdizionale*».

[17] In merito si cfr. F.G. SCOCA, op. cit., p. 3616, laddove l'Autore, muovendo dalla constatazione che le Giunte parlamentari svolgono la loro funzione di controllo sulle operazioni elettorali esclusivamente sui "componenti" delle

questa eventualità, si è sottolineato che la prerogativa delle Camere alla verifica delle procedure elettorali discenderebbe da una lettura distorta del D.P.R. n. 361/1957[18], come tale modificabile con legge ordinaria[19], per il quale alle Camere spetterebbe il compito di giudicare sulle contestazioni sollevate dinanzi agli Uffici elettorali.

Del resto, le ragioni sottese al mancato controllo da parte di organi terzi rispetto alle Assemblee, se può trovare una chiave d'interpretazione storica, propria dei tempi in cui è maturata tale convinzione, appare in evidente contrasto con l'accesso al diritto di

Assemblea, sottolinea l'impossibilità materiale per chi non è stato ammesso alla corsa elettorale di poter ricevere tutela ed, in modo ancora più evidente: «*sul piano sostanziale, poi, la tutela che, in ipotesi (o, meglio, secondo la tesi sostenuta dalla Cassazione), dovrebbero offrire le Giunte, sarebbe comunque tardiva e per questo inefficace, dato che non sarebbe concepibile far ripetere parzialmente o totalmente le elezioni, in caso di fondatezza del reclamo di chi non abbia potuto (illegittimamente) prendervi parte*». È stato altresì sottolineato che: «*come non interrogarsi, allora, sulla riserva parlamentare in merito alla convalida degli eletti per provare a comprendere se tale figura di immunità possa ritenersi ancora attuale, e soprattutto accettabile, in relazione al carattere eccezionale dell'art. 66? Come conciliare oggi una prerogativa costituzionale sorretta, per lo più, da ragioni storiche che non appaiono più in grado di giustificare la sottrazione del controllo elettorale agli organi giudiziari e l'astrazione dal principio della parità nell'accesso alla tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive?*», così P. TORRETTA, *Quale giudice per il contenzioso pre-elettorale politico? Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 259 del 2009*, in *Forumcostituzionale.it*, 2010.

[18] Testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati. In particolare, si veda l'art. 23, co. 2, del D.P.R. n. 361/1957, secondo il quale: «*contro le decisioni di eliminazione di liste o di candidati, i delegati ((...)) di lista possono, entro 48 ore dalla comunicazione, ricorrere all'Ufficio centrale nazionale»;* nonché si cfr. l'art. 87, co. 1, il quale prevede che: «*alla Camera dei deputati è riservata la convalida della elezione dei propri componenti. Essa pronuncia giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste e, in generale, su tutti i reclami presentati agli Uffici delle singole sezioni elettorali o all'Ufficio centrale durante la loro attività o posteriormente*».

[19] Sul punto si cfr. A. PAJNO, *Fase preparatoria delle elezioni politiche e contenzioso elettorale. Verifica dei poteri, regolazione della giurisdizione e transizione italiana*, in *Corriere Giuridico*, 2008, p. 309, il quale afferma che: «*tale esito è stato, peraltro, ricondotto dalla Corte regolatrice, in conformità con i propri precedenti, non tanto da esigenze direttamente derivanti dall'art. 66 Cost., ma alla disciplina positiva contenuta nel D.P.R. 30 marzo 1957 n. 361, che all'art. 87 espressamente dispone che alla Camera dei Deputati pronuncia giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste e, in generale, su tutti i reclami presentati agli Uffici delle singole sezioni elettorali o all'Ufficio centrale. L'affidamento alle Camere del contenzioso sulla fase preparatoria delle elezioni politiche deriverebbe, così, dalle stesse norme ordinarie che affiderebbero ad esse il giudizio definitivo sulle controversie riguardanti gli atti di esclusione di contrassegni, di liste e di candidati dalla competizione elettorale*».

difesa universalmente garantito sia all'interno del nostro quadro costituzionale, sia in ambito internazionale.

Per far fronte a queste contestazioni, la legge delega[20] del Codice del processo amministrativo, sul punto, aveva previsto[21] una radicale riforma favorevole, laddove si fosse tradotta in dato normativo, all'introduzione di una forma di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per i procedimenti elettorali preparatori per le elezioni di rinnovo della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

Tuttavia, ad una prima fase di entusiasmo, è seguita la mancata attuazione della delega in materia[22], facendo così parlare di occasione

[20] In particolare ci si riferisce alla L. 18 giugno 2009, n. 69, la quale prevedeva, all'art. 44, l. d), di: «*razionalizzare e unificare le norme vigenti per il processo amministrativo sul contenzioso elettorale, prevedendo il dimezzamento, rispetto a quelli ordinari, di tutti i termini processuali, il deposito preventivo del ricorso e la successiva notificazione in entrambi i gradi e introducendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni*».

[21] In merito si veda A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm*., fasc.1, 2010, p. 119, secondo cui: «*si tratta, pertanto, di un intervento a tutto campo, volto, da una parte, a meglio definire gli ambiti della giurisdizione amministrativa rispetto a quella degli altri ordini di giurisdizione, ed a regolare la translatio del processo dall'uno all'altro ordine, dall'altra a predisporre un compiuto ed organico sistema di disposizioni processuali idonee ad assicurare la pienezza della tutela del cittadino nei confronti del potere pubblico, e con essa (non l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, ma) la soddisfazione della «pretesa della parte vittoriosa»: e cioè, un «codice» del processo amministrativo*».

[22] F. VETRÒ, *op. cit*., critica la motivazione di tale scelta addotta dalla Relazione di accompagnamento al Codice, secondo la quale: *«i tempi serrati di tale fase preparatoria – insuperabili per il vincolo posto dall'art. 61 della Costituzione, che impone di espletare le elezioni politiche nei 70 giorni dal decreto presidenziale di scioglimento delle Camere precedenti – hanno sconsigliato il Governo dall'intraprendere la via della soppressione del procedimento amministrativo di competenza dell'Ufficio elettorale centrale nazionale presso la Corte di Cassazione ipotizzata dalla commissione redigente»,* ciò in quanto la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio avrebbe eliso il rischio di un'eventuale allungamento delle operazioni pre-elettorali.

sprecata e tenendo viva[23], al contrario, una quanto meno anacronistica suddivisione di giurisdizione[24].

3. *Le forme di tutela individuate dal Codice*

Se, dunque, il Codice nulla ha previsto in ordine ad una tutela giurisdizionale per gli atti pre-elettorali delle elezioni politiche, al contrario, è intervenuto nella materia del contenzioso elettorale amministrativo ed europeo al fine di dettarne, nelle intenzioni, una cornice unitaria[25].

In particolare, l'art. 126 c.p.a. individua nella giustizia amministrativa il luogo di naturale giurisdizione in materia di operazioni elettorali[26], delimitandone l'ambito di applicazione ai

[23] L'occasione di una modifica legislativa sul punto era stata oggetto di una "velata" richiesta delle SS.UU. n. 259 del le quali, in previsione della legge delega, sostenevano l'intervento del legislatore per chiarire gli spazi della giurisdizione sul tema.

[24] Sul punto si veda D. PICCIONE, *Dell'estensione parossistica dell'autodichia delle Camere: critica ad un regolamento di giurisdizione costituzionalmente... imprudente. Nota a: Cassazione civile , 08 aprile 2008, n.9151, sez. un.*, in *Giur. cost.,* 2008, 3, secondo cui: «*nell'ultimo scorcio della XV legislatura repubblicana, dunque, l'urgenza nel risolvere il problema contingente si risolve in un indebolimento dell'ordinamento, senza che sia stato di alcuna utilità l'insegnamento che si può trarre dalle vicende (recenti e remote) dell'autodichia e cioè che la sua espansione parossistica, trasformando la prerogativa in privilegio, la rende sempre meno sopportabile e più anacronistica e quindi rischia di travolgerne l'originale funzione di difesa del parlamentarismo*».

[25] Del resto, come già ricordato, è stato ripetutamente sottolineato che: «*sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie afferenti a questioni di ineleggibilità, decadenza ed incompatibilità dei candidati, perché concernenti diritti soggettivi di elettorato passivo, mentre appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo le questioni attinenti alla regolarità delle operazioni elettorali, in quanto relative a posizioni di interesse* legittimo», così Consiglio di Stato, Sez. V, 17/01/2019, n.422, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul punto è stato altresì affermato che: *«è parimenti corretto il richiamo all'orientamento secondo cui ineriscono al diritto di elettorato passivo - e restano dunque devolute alla giurisdizione del G.O. - tanto le controversie in cui si faccia questione della sospensione dalla carica elettiva, quanto quelle in cui si faccia questione della decadenza dalla stessa*» così Cassazione civile, sez. un., 26/05/2017, n.13403, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[26] Al riguardo, è stato evidenziato che: «*l'idea che nel procedimento elettorale, e quindi anche nel procedimento elettorale preparatorio, vengano in rilievo soltanto diritti soggettivi (e mai interessi legittimi), anzi diritti tutelati da norme costituzionali (…), è estensibile anche ai procedimenti elettorali per il rinnovo dei consigli regionali, provinciali e comunali, nonché per il rinnovo del Parlamento europeo. Eppure le controversie riguardanti tali diritti soggettivi sono*

membri dei comuni, delle province, delle regioni e del Parlamento europeo spettanti all'Italia. Al contrario, come in precedenza ricordato, le controversie inerenti lo *status* dei candidati sono riservate alla giurisdizione ordinaria[27].

Al tempo stesso, sono state introdotte specifiche disposizioni volte all'impugnazione di atti endoprocedimentali nella fase preparatoria al procedimento elettorale (129 c.p.a.) e per l'impugnazione degli atti successivi alla conclusione dello stesso (art. 130 c.p.a.).

Sotto il primo profilo, il Codice ha inteso porre un argine a quelle critiche che si ponevano nei confronti della generalizzata impossibilità d'impugnazione di atti preliminari al procedimento elettorale, anticipandone la tutela ex art. 129 c.p.a., i quali, a legislazione invariata, avrebbero potuto essere oggetto di contestazione solo in un momento successivo all'atto di proclamazione degli eletti, perdendo, di fatto, l'interesse all'impugnazione.

Infatti, nel periodo antecedente l'emanazione del Codice, la materia era oggetto di disciplina all'art. 83-undecies d.p.r. 570 del 1960[28] che nulla affermava in relazione alla tutela avverso gli atti endoprocedimentali[29].

attribuite invariabilmente al giudice degli interessi legittimi, se riguardano le c.d. operazioni elettorali, ossia con la sola esclusione delle controversie di ineleggibilità e incompatibilità. Non viene nemmeno specificato nelle leggi in vigore che il giudice amministrativo conosce di tali controversie in sede di giurisdizione esclusiva», così F.G. SCOCA, op. cit., 3618. È stato altresì affermato che: «*il contenzioso di cui si discute è stato tradizionalmente ricondotto alla generale giurisdizione di legittimità per la tutela degli interessi legittimi ed allo schema del processo di impugnazione. In diverse decisioni è stata evidenziata l'impossibilità per il giudice di riesaminare tutta l'attività amministrativa svoltasi durante le operazioni elettorali e, in particolare, a supporto del riconosciuto carattere soggettivo del giudizio in questione, si è affermato che anche in tale ambito vige il principio della domanda di parte, che non consente di decidere al di fuori ed oltre i limiti imposti da essa*», in questi termini G. A. PRIMERANO, *op. cit.*, p. 913.

[27] F. VETRÒ, *op. cit.,* p. 519.

[28] Testo unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle Amministrazioni comunali.

[29] Sul punto si cfr. A. GIUSTI, *La giurisdizione di merito nel giudizio sul procedimento elettorale preparatorio, T.A.R. Torino, 10 ottobre 2013, n.1073, sez. II*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2014, p. 623; nonché M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, *federalismi.it*, 2013 fasc. 16.

A tal fine, la giurisprudenza oscillava[30] tra posizioni in cui si negava l'impugnazione di atti immediatamente lesivi delle situazioni giuridiche dei concorrenti[31] ad altre, diametralmente opposte, che ammettevano tale possibilità[32].

In merito, l'Ad. Plen. n. 10/2005[33] escludeva l'immediata impugnabilità di un atto endoprocedimentale, posticipandone la contestazione in un momento successivo all'atto di proclamazione degli eletti, sul presupposto che le ragioni di speditezza sottese al procedimento elettorale e le forme di controllo ivi previsti mal si conciliassero con i tempi di un contenzioso giurisdizionale[34].

Tale assunto, tuttavia, fu contestato sia in dottrina[35] sia dalle pronunce immediatamente successive dei tribunali regionali[36].

---

[30] Così si esprime P. QUINTO, *Il nuovo codice, il giudizio elettorale e la Corte Costituzionale: una singolare coincidenza*, in *Foro amm. TAR*, fasc.6, 2010, pag. 2228.

[31] Il cui riferimento risalente in giurisprudenza è rappresentato dalla pronuncia del 7 marzo 1951 n. 1 in *Foro it.*, 1951, III, p. 169.

[32] Cons. Stato, Sez. V, 28 gennaio 2005, n. 187, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[33] Sul punto è stato affermato che: «*ha ritenuto l'adunanza plenaria che quella norma consenta l'impugnazione soltanto della proclamazione degli eletti e, in questa sede, anche degli atti antecedenti del procedimento, secondo le particolari regole del procedimento elettorale; ad avviso dell'adunanza plenaria, tanto il tenore della disposizione normativa quanto le esigenze del procedimento elettorale, costituito da una sequenza di atti collegati dalla necessità di rispettare termini rapidi, non ammettono un'impugnazione anticipata, anche perché la garanzia per il cittadino di regolarità e correttezza del procedimento è assicurata dal fatto che gli organi che intervengono in quelle fasi sono composti pure da magistrati, ed assicurano, pertanto, una particolare competenza ed una specifica neutralità*», così C. E. GALLO, *L'ambito del giudizio elettorale nella decisione dell'adunanza plenaria n. 10 del 2005,* nota *a Consiglio di Stato ad. plen. , 24 novembre 2005, n.10*, in *Il For. Amm. CDS*, 11/2005, p. 3244 e ss.

[34] Ancora C. E. GALLO, op. cit., sottolinea, inoltre, che: «*l'intervento dell'adunanza plenaria non può che essere condiviso, non potendosi ammettere un uso così spregiudicato della tutela in sede giurisdizionale che la rende, semplicemente, uno degli strumenti della lotta politica e, per di più, uno degli strumenti della più deteriore fra le lotte politiche, e cioè di quella che consente pretese o favorisce accordi che prescindono addirittura dall'esito della consultazione elettorale*».

[35] Sul punto si cfr. G. VIRGA, *Operazioni elettorali e tutela cautelare differita,* in *www.lexitalia.it, n. 11/2005*; G.G.A. DATO, *Il contenzioso in materia di operazioni elettorali*, in M. CORRADINO - G.G.A. DATO (a cura di), *I riti speciali nel giudizio amministrativo*, Torino 2008.

[36] In particolare, è stato affermato che: «*il Collegio, in consapevole dissenso da quanto ritenuto da C.d.S. a.p. 24 novembre 2005 n°10, ritiene che i provvedimenti di ricusazione delle liste elettorali siano immediatamente impugnabili, senza necessità di attendere la proclamazione degli eletti, poiché solo in tal modo è assicurata la più ampia partecipazione possibile alle elezioni da svolgere*», così T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. II, 21.5.2009, n. 1058; negli stessi

Successivamente, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 236 del 2010 ha dichiarato illegittimo l'art. 83-undecies, co. 1, d.P.R. 570 del 1960[37], sul presupposto che: «*la posticipazione dell'impugnabilità degli atti di esclusione di liste o candidati ad un momento successivo allo svolgimento delle elezioni preclude la possibilità di una tutela giurisdizionale efficace e tempestiva delle situazioni soggettive immediatamente lese dai predetti atti, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 Cost. Infatti, posto che l'interesse del candidato è quello di partecipare ad una determinata consultazione elettorale, in un definito contesto politico e ambientale, ogni forma di tutela che intervenga ad elezioni concluse appare inidonea ad evitare che l'esecuzione del provvedimento illegittimo di esclusione abbia, nel frattempo, prodotto un pregiudizio*»[38].

Le ricordate esigenze di tutela hanno trovato risposte parziali nel codice, che all'art. 129 ha previsto in prima battuta l'immediata impugnabilità dei provvedimenti relativi al procedimento preparatorio concernenti esclusivamente l'esclusione di liste o candidati. Solo attraverso il secondo correttivo è stata eliminata la tipizzazione precedente[39] estendendo l'applicabilità ai: «*provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale*»,

termini si veda T.A.R. Abruzzo-Pescara, Sez. I, 21.5.2009 n. 367, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[37] Sul punto si cfr. E. LEHNER, *Finalmente sancita l'immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni locali e regionali*, in *Giur. cost. 2010*, 2908 ss.; nonché R. CHIEPPA, *Riflessi della sent. n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico)*, in *Giur. cost. 2010*, p. 2905 e ss., secondo cui: *«solo la coincidenza della data di deposito-pubblicazione della sentenza (7 luglio 2010) con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge delegata contenente il Codice del processo amministrativo non ha consentito la dichiarazione di illegittimità conseguenziale (quanto meno parziale) delle norme del sopravvenuto art. 129, comma 1 e 2, e 130, comma 1, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 parzialmente riproduttive dell'art. 83-undecies del d.P.R. n. 570 del 1960, ormai dichiarato dalla Corte costituzionalmente illegittimo e dallo stesso d.lgs. n. 104 del 2010 abrogato*». Si cfr. altresì F.G. SCOCA, *Il primo correttivo al codice del processo amministrativo,* in *Corr. giur.*, 2012, p. 301 e ss.

[38] Sul punto si cfr. G. LANEVE, *Il procedimento elettorale tra favor partecipationis ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. Tar* , 2010, p. 1962 e ss.

[39] In particolare, l'art. 129 c.p.a. prevede che: «*i provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali e per il rinnovo dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia sono impugnabili innanzi al tribunale amministrativo regionale competente nel termine di tre giorni dalla pubblicazione, anche mediante affissione, ovvero dalla comunicazione, se prevista, degli atti impugnati*».

escludendo, tuttavia, in tale sede la legittimazione ad agire mediante azione popolare da parte dell'elettore.

4. *Gli spazi riservati all'azione popolare*

Sotto l'ultimo profilo richiamato, nella sua prima formulazione, l'art. 129 c.p.a. limitava ai delegati o ai rappresentanti di lista l'impugnabilità degli atti immediatamente lesivi, con ciò evidenziandosi un'evidente violazione degli interessi del singolo candidato, che avrebbe dovuto delegare la sua legittimazione a soggetti terzi rispetto al suo diritto di elettorato passivo.

Sul punto, il secondo correttivo al Codice è intervenuto eliminando *tout court* il riferimento ai soggetti legittimati ad agire, lasciando in tal modo all'interprete il compito della loro determinazione[40].

Ciò che appare evidente, tuttavia, è l'esclusione di un'azione popolare[41] nella fase preparatoria al procedimento elettorale. Infatti, il Codice, optando per la suddivisione delle fasi del procedimento, ha

[40] Sotto tale aspetto è stato osservato che: «*dunque, posto che a partecipare alla competizione elettorale sono i candidati ed i presentatori della lista, la legittimazione è disciplinata in sostanziale continuità con la formulazione previgente*», così Consiglio di Stato sez. III, 09/05/2019, n. 3026, in *www.giustizia-amministrativa.it.* Del resto questa posizione è risalente in giurisprudenza. Basti a tal proposito ricordare che: «*l'art. 129 co. 1, c.p.a., consente l'impugnazione immediata solo dei provvedimenti di esclusione di liste o candidati relativi al procedimento preparatorio delle elezioni amministrative ed esclusivamente su ricorso dei delegati di liste o dei gruppi di candidati esclusi. Pertanto non possono attivare il giudizio di primo grado i cittadini elettori, che possono invece tutelare le proprie ragioni in via ordinaria, dopo la proclamazione degli eletti. Tuttavia nel caso di specie tale tutela sarebbe impossibile, qualora sul procedimento disciplinato dall'art. 129 c.p.a. si dovesse formare il giudicato circa l'ammissibilità o meno della lista. Da ciò la necessità, per assicurare il diritto costituzionalmente garantito degli interessati ad ottenere giustizia, di dover ritenere gli attuali appellanti legittimati a proporre appello avverso la sentenza del T.A.R. di ammissione della lista in questione, in quanto, in tema di contenzioso elettorale, infatti, il giudicato formatosi acquista autorità ed efficacia "erga omnes"*», così Consiglio di Stato sez. V, 08/05/2013, n.2500, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[41] Sull'azione popolare, in generale, si veda F. LIGUORI, *Azione popolare e tutela del diritto di voto nel processo amministrativo,* Napoli, 1993; nonché D. BORGHESI, *Azione popolare, interessi diffusi e diritto all'informazione*, in Pol. dir., XVI, 1985; A. D. DE SANTIS, *In tema di azione popolare nel contenzioso elettorale,* in *Il Foro italiano*, 2017 fasc. 3, pt. 1, pp. 1083 – 1085.

escluso dal novero dei soggetti legittimati i cittadini-elettori[42], dando facoltà esclusivamente ai candidati di poter impugnare immediatamente i provvedimenti asseritamente lesivi[43].

Tuttavia, porre esclusivamente a valle della procedura elettorale l'esperibilità dell'azione si pone in contrasto con l'idea che le posizioni dell'elettore e del candidato siano parificate in tema di controllo sul procedimento elettorale[44], esigenza che troverebbe un'insormontabile barriera preclusiva nella legittimazione a ricorrere[45].

In tale prospettiva, se da un lato è incontestabile garantire un'efficace e rapida tutela delle posizioni del candidato escluso dalla competizione in una fase preparatoria, dall'altro l'elettore, inteso in un'accezione dinamica di controllo della procedura elettorale, e non solo nella sua dimensione statica limitata al momento della votazione, dovrebbe avere piena legittimazione alla tutela immediata degli

[42] G.A. PRIMERANO, op. cit. p. 915, osserva che: «*prima della fase proclamativa, il confine della legittimazione attiva discende direttamente dalla locuzione « diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale », che, evidentemente, si riferisce solo al candidato e/o al delegato di lista in rappresentanza della medesima. Dunque, nonostante l'attuale formulazione dell'art. 129, comma 1, ometta di menzionare i legittimati attivi, non sembra che nella sostanza le limitazioni soggettive in questione siano state superate*».

[43] F. GOISIS ha rilevato che: «*anche la fase preparatoria delle manifestazioni elettorali dunque rileva, perché, come nel caso dell'ammissione del quesito referendario, essa può ben incidere su un elemento essenziale del diritto di voto, ossia la sua libertà, come latamente intesa dai giudici costituzionali quale pienezza del carattere consapevole della scelta del cittadino elettore. Difatti, alla stessa stregua di come essi sono immediatamente lesivi per il candidato, così lo sono per l'elettore: se la pretesa giuridica riconosciuta al cittadino elettore è, tra l'altro, proprio quella di votare in un contesto (non solo libero, ma anche) corretto e regolare, va da sé che la fase preliminare, in quanto diretta proprio a creare le necessarie condizioni di voto, sia, quanto alle relative scelte fondamentali, tendenzialmente sempre capace di determinare un pregiudizio attuale*», così in *Pretesa sostanziale del cittadino elettore nel contenzioso elettorale avanti al giudice amministrativo e profili di incostituzionalità dell'art. 129 c.p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2013, p. 147.

[44] In questi termini si esprime F. CINTOLI, il quale aggiunge che: «*in alcuni autorevoli e recentissimi precedenti, il giudice addirittura esprime apertamente la preoccupazione che possano esser proposte azioni popolari non serie ed ispirate da contingenti tatticismi politici, estranei alle questioni di legittimità, e ne fa seguire una soluzione che, puntualmente, restringe la sfera della tutela*», *L'azione popolare nel contenzioso elettorale amministrativo*, in *Dir. amm.*, fasc. 2, 2008, p. 329.

[45] Ancora F. CINTIOLI, op. ult. cit., p. 331.

interessi pubblici[46] sottesi ad una corretta e regolare procedura elettorale.

Se, dunque, il bene giuridico tutelato può non trovare coincidenza, in quanto il profilo inerente l'ammissione alla procedura è evidentemente distinguibile dall'interesse alla correttezza delle operazioni poste in capo all'elettore, non si comprende la distinzione di strumenti (*rectius* momenti) di tutela a fronte di una finalità omogenea relativa al controllo sulle operazioni elettorali[47].

---

[46] F. GOISIS, op. cit., sottolinea che: «*si potrebbe ipotizzare un percorso interpretativo che valorizzi la duplice circostanza che gli atti immediatamente lesivi per il candidato lo sono parimenti per l'elettore (l'alterazione del funzionamento del meccanismo elettorale, difatti, come si è detto, lede i diritti di entrambi) e che, d'altra parte, l'art. 129 c. proc. amm. non affronta direttamente il profilo della legittimazione a ricorrere contro gli atti preparatori. Sicché si potrebbe sostenere che, in un'interpretazione costituzionalmente (e agli obblighi CEDU) orientata, la legittimazione per gli atti preparatori immediatamente lesivi spetti a chiunque — titolare di diritti elettorali passivi come attivi — vi abbia interesse. Il riferimento alla sola posizione di chi voglia partecipare al procedimento preparatorio avrebbe cioè, in questa proposta interpretativa, valore meramente esemplificativo e non preclusivo sul piano soggettivo. Del resto, tale riferimento, da un lato non brilla certo per precisione e facile comprensibilità (l'interesse del legittimato non è mai, puramente, quello a partecipare al procedimento preparatorio: semmai, si mira all'ammissione alle operazioni elettorali, ossia tra i candidati in corsa, sicché non irrealisticamente si è addirittura ipotizzato che la presenza dell'aggettivo « preparatorio » sia frutto di un refuso; dall'altro, è usato dal legislatore per individuare e circoscrivere gli atti oggettivamente impugnabili e non, almeno direttamente, i soggetti legittimati attivi; con il che potrebbe esservi sufficiente spazio per ritenere la norma passibile di un'interpretazione correttiva, che faccia perno sul principio generale per cui, nel processo amministrativo, chiunque è titolare di una posizione giuridicamente protetta può agire per l'annullamento dell'atto amministrativo concretamente lesivo della stessa*».

[47] Al riguardo, cfr. ancora F.G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, *op. cit.*, p. 3618., il quale osserva opportunamente che: «*l'idea che nel procedimento elettorale, e quindi anche nel procedimento elettorale preparatorio, vengano in rilievo soltanto diritti soggettivi (e mai interessi legittimi), anzi diritti tutelati da norme costituzionali (…), è estensibile anche ai procedimenti elettorali per il rinnovo dei consigli regionali, provinciali e comunali, nonché per il rinnovo del Parlamento europeo. Eppure le controversie riguardanti tali diritti soggettivi sono attribuite invariabilmente al giudice degli interessi legittimi, se riguardano le c.d. operazioni elettorali, ossia con la sola esclusione delle controversie di ineleggibilità e incompatibilità. Non viene nemmeno specificato nelle leggi in vigore che il giudice amministrativo conosce di tali controversie in sede di giurisdizione esclusiva*». Sul punto si cfr. altresì A. G. Primerano, op. cit., p. 626 il quale sottolinea che: «*codice inquadra le controversie aventi ad oggetto gli atti e le operazioni in materia elettorale attribuiti alla giurisdizione amministrativa fra le ipotesi di giurisdizione estesa al merito (art. 134, lett. b, c.p.a.), anche se il contenzioso di cui si discute è stato tradizionalmente ricondotto alla generale giurisdizione di legittimità per la tutela degli interessi legittimi ed allo schema del processo di impugnazione. In diverse decisioni è stata evidenziata l'impossibilità per il*

5. *Il rito elettorale ex art. 130 c.p.a.*

Viceversa, l'art. 130 c.p.a. si occupa del contenzioso elettorale successivo alla conclusione della competizione.

In termini strettamente procedurali, questa fase si caratterizza per la necessaria dimidazione dei termini ordinari[48] nonché per la parificazione, in punto di legittimazione ad agire, della figura del candidato con quella dell'elettore, garantendo in questo modo un controllo diffuso sulle operazioni elettorali espletato mediante una forma di azione popolare.

Ma ciò che caratterizza e distingue il rito in esame rispetto all'ordinario giudizio di legittimità, è il potere del giudice non solo di annullamento dell'atto illegittimo, ma anche dalla sostituzione del risultato elettorale, in ossequio sia all'art. 130, co. 9[49], sia all'art. 134 c.p.a. che inserisce la materia in oggetto tra quelle in cui si afferma la giurisdizione di merito del giudice amministrativo[50].

In questa fase, infatti, il giudice è investito sia dell'onere di verificare la legittimità della procedura, ed in particolare dell'esatta attribuzione del voto, sia del potere di correzione del risultato elettorale, andando a sostituirsi all'amministrazione e proclamando gli eletti all'esito del controllo giurisdizionale[51].

---

giudice di riesaminare tutta l'attività amministrativa svoltasi durante le operazioni elettorali e, in particolare, a supporto del riconosciuto carattere soggettivo del giudizio in questione, si è affermato che anche in tale ambito vige il principio della domanda di parte, che non consente di decidere al di fuori ed oltre i limiti imposti da essa».

[48] Il riferimento è all'art. 130, co. 10, secondo il quale: «*tutti i termini processuali diversi da quelli indicati nel presente articolo e nell'articolo 131 sono dimezzati rispetto ai termini del processo ordinario*».

[49] Secondo il quale: «*il tribunale amministrativo regionale, quando accoglie il ricorso, corregge il risultato delle elezioni e sostituisce ai candidati illegittimamente proclamati coloro che hanno diritto di esserlo*».

[50] In tema di giurisdizione di merito si vedano i fondamentali contributi di F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir., XIX, Milano*, 1970; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1907; M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *La giurisdizione amministrativa di merito, Atti del IV Seminario della Sezione Umbra del C.I.S.A. (Perugia 1968),* in *Scritti giuridici,* II, Milano, 1996.

[51] Tuttavia, all'evidente fine di limitare la proliferazione di ricorsi spinti più da motivi politico elettorali che da vere esigenze di verifica e sostituzione del risultato

Sotto tale profilo, per gli effetti appena richiamati è utile osservare che in tema di legittimazione la giurisprudenza individua l'ente interessato quale soggetto legittimato passivo, sul quale penderanno gli esiti del giudizio, disconoscendo la legittimazione a quelli organi temporanei, quali l'Amministrazione dell'interno e gli uffici territoriali: «*costituiti per garantire il corretto svolgimento delle operazioni elettorali, ma che non sono portatori d'interessi propri al mantenimento degli atti compiuti, tali da giustificarne la necessaria partecipazione al giudizio*»[52].

elettorale, la giurisprudenza ne ha evidenziato i presupposti applicativi, considerando, in primo luogo, come attenuato il principio di prova nella materia elettorale. Ciò sul presupposto che in materia occorre debitamente considerare due fondamentali esigenze: la tutela del ricorrente il quale è collocato in una posizione di indubbia difficoltà nel reperire gli idonei mezzi di prova con il rischio di compromettere il proprio diritto alla difesa e dall'altra il rischio che un'apertura indiscriminata ad un principio attenuato di prova potrebbe tradursi in un'indebita occasione di proposizione di ricorsi meramente esplorativi che comporterebbero un mero ricalcolo delle schede elettorali. Da ciò, dunque, nasce l'esigenza di indicare: «*non in termini astratti ma con riferimento a fattispecie concrete, la natura dei vizi denunziati, il numero delle schede contestate e le sezioni cui si riferiscono, ferma l'inammissibilità di azioni esplorative volte al mero riesame delle operazioni svolte*» Così T.A.R. Liguria-Genova, Sez. II, 10.11.2017, n,. 822, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul punto si cfr. C. CONSOLO, *L'efficacia delle sentenze nel contenzioso elettorale*, *Diritto processuale amministrativo*, 2012 fasc. 4, pp. 1636 – 1661; in generale, per un'analisi ad ampio spettro delle azioni previste dal Codice si rinvia a M. TIBERII, *La tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, Napoli, 2013.

[52] In questi termini T.A.R. Genova, (Liguria) sez. II, 02/10/2015, n.757, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Inoltre: «*è stato anche precisato che nel procedimento elettorale, anche se l'ente locale è tenuto a subire eventuali effetti negativi della condotta posta in essere da organi non incardinati nel proprio apparato organizzativo, il consolidamento di tali effetti in capo all'ente medesimo fa sì che esso divenga il portatore istituzionale dell'interesse alla conservazione dei propri organi nella composizione ad essi conferita dall'atto di proclamazione degli eletti: l'ente locale è pertanto parte necessaria del giudizio proposto per l' annullamento dell'atto di proclamazione degli eletti*», così Cons. St., Sez. V, 10.9.2010, n. 6526, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In tema si cfr. E. MAGGIORA, *Nuovi orientamenti della giurisprudenza elettorale* (Prima parte), in *Lo Stato Civile Italiano*, 2015 fasc. 1, pp. 52-56; ID, *Nuovi orientamenti della giurisprudenza elettorale* (Seconda parte), in *Lo Stato Civile Italiano*, 2015 fasc. 2, pp. 50-53; nonché O. CANTALUPO, *Il contenzioso elettorale amministrativo passivo (parte prima), L'Amministrazione italiana*, 1978, fasc. 2, pp. 155-165 e ID, *Il contenzioso elettorale amministrativo passivo (parte seconda), L'Amministrazione italiana*, 1978, fasc. 3, pp. 315 – 346.

6. (Segue) *Breve analisi sui casi giurisprudenziali*

Vista la rilevanza degli interessi in gioco, la materia è sorretta dai principi di strumentalità delle forme e di conservazione del voto[53], che corrispondono all'esigenza di salvaguardare la validità dell'espressione elettorale, laddove ne sia desumibile l'effettiva volontà dell'elettore[54].

In linea di principio, l'art. 64 del D.P.R. n. 570/1960[55], prevede che: «*la validità dei voti contenuti nella scheda deve essere ammessa ogni qualvolta possa desumersi la volontà effettiva dell'elettore»,* salvo sancire la nullità per i voti: «*che presentino scritture o segni tali da far ritenere, in modo inoppugnabile, che l'elettore abbia voluto far riconoscere il proprio voto».*

Se, dunque, questo è il principio cardine che guida la materia, la giurisprudenza si è informata dello stesso evidenziando che: «*nella materia elettorale, il principio del favor voti impedisce una lettura estensiva dell'art. 64, D.P.R. n. 570 del 1960, che limita i casi di nullità alle schede che presentano scritture o segni tali da far ritenere, in modo inoppugnabile, che l'elettore abbia voluto far riconoscere il proprio voto*»[56].

---

[53] Sul punto è stato affermato che: «*le regole formali contenute nella disciplina di settore devono considerarsi strumentali, in guisa che la loro violazione diviene significativa solo ove si dimostri una sostanziale inattendibilità del risultato finale*», così T.A.R. Lecce, Sez. I, 24.10.2019, n. 1633, in *www.giustizia-amministrativa.it.* In tema di accesso agli atti si cfr. A. Cardone, Conservazione del voto e diritto di azione nell'accesso alla giurisdizione amministrativa sulle operazioni elettorali, *Diritto Pubblico*, 2011 fasc. 2, pp. 659 – 702.

[54] In tema di specificità dei motivi di ricorso si cfr. D. LETTERIO, *I motivi di ricorso nel contenzioso sulle operazioni elettorali,* in *Giustizia amministrativa*, 2007 fasc. 4, pp. 839 – 849.

[55] In particolare, il medesimo principio è affermato dal Testo Unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati, che all'art. art. 69 stabilisce che: «*la validità dei voti contenuti nella scheda deve essere ammessa ogni qualvolta possa desumersi la volontà effettiva dell'elettore*», prevedendo all'art. 70 che: «*sono nulli i voti contenuti in schede che presentino scritture o segni ((chiaramente riconoscibili,)) tali da far ritenere, in modo inoppugnabile, che l'elettore abbia voluto ((far identificare)) il proprio voto. Sono, altresì, nulli i voti contenuti in schede che non siano quelle prescritte dall'art. 31, o che non portino la firma o il bollo richiesti dagli articoli 45 e 46*».

[56] Così T.A.R. Catania, Sez. IV, 19.7.2019, n. 1834. Sul punto è stato altresì affermato che: «*Le ragioni alla base di tale interpretazione maggiormente restrittiva sono da individuare nell'intenzione di far salva la volontà del cittadino elettore ogni qual volta le anomalie rinvenute nella scheda possano trovare ragionevoli spiegazioni nelle modalità con cui l'elettore ha inteso esprimere il voto stesso ed i segni o le scritture non regolari non siano tali da dover essere intesi in modo inoppugnabile e univoco come volontà dell'elettore di far riconoscere il proprio*

Al tempo stesso, sono state ritenute nulle, sostituendo l'esito dello scrutinio: «*quelle schede che rechino scritte o segni estranei alle esigenze di espressione del voto, e che non trovino ragionevoli spiegazioni nelle modalità con cui l'elettore ha inteso esprimere il voto stesso*»[57].

Del resto, in materia vige l'esigenza di individuare caso per caso quelle espressioni di voto che possano essere considerate alla stregua di segni di riconoscimento rispetto al modo normale di esprimere la volontà: «*e dunque una particolare anomalia nella compilazione della scheda che non si possa qualificare quale segno superfluo o incertezza grafica, ovvero non sia spiegabile con difficoltà di movimento o di vista dell'elettore, occorse nell'indicare un determinato simbolo, nell'apporre il crocesegno o nell'indicare il nominativo del candidato suffragato*»[58].

Così come si registrano arresti giurisprudenziali sul presupposto che un piccolo cerchio apposto tra il nome ed il cognome del candidato votato e una piccola barra, apposta tra il nome ed il cognome della preferenza espressa: «*non siano suscettibili di poter essere considerati alla stregua del frutto di una mera incertezza di grafia o di un'anomalia del tratto, ma costituiscano un vero e proprio segno di riconoscimento, tale da renderle annullabili, con conseguente modifica del risultato elettorale*»[59].

Inoltre, l'esigenza di una corretta procedura di voto ha evidenziato la necessità di sanzionare con la nullità la scheda di ballottaggio al cui interno sia stato inserito anche il nominativo di un candidato consigliere, in quanto: «*una tecnica di voto come quella emersa, inducendosi gli*

suffragio» così Consiglio di Stato sez. V, 03.5.2016, n.1688; nonché Cons. St., sez. V, 3.05.06, n. 2469, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[57] Sul punto è stato affermato che: «*l'espressione "in modo inoppugnabile" non può essere intesa in senso letterale, come se fosse volta a esigere un'effettiva certezza della volontà dell'elettore di far riconoscere il proprio voto, poiché una simile inoppugnabilità si avrebbe solo nel caso, invero, di interesse meramente scolastico, che l'elettore sottoscriva il voto dato con il proprio nome e cognome; l'elemento della riconoscibilità, quindi, deve essere valutato caso per caso, al fine di stabilire se l'anomalia del voto possa giustificarsi ragionevolmente con cause diverse da quella della volontà di far identificare il consenso attribuito alla lista o al candidato, di modo che possono essere ritenuti segni di riconoscimento quelli eccedenti il modo normale di esprimere la volontà elettorale e dunque una particolare anomalia nella compilazione della scheda che non si possa qualificare quale segno superfluo o incertezza grafica, ovvero non sia spiegabile con difficoltà di movimento o di vista dell'elettore, occorse nell'indicare un determinato simbolo, nell'apporre il crocesegno o nell'indicare il nominativo del candidato suffragato*», così T.A.R. Brescia, Sez. I, 14/11/2018, n.1065, *www.giustizia-amministrativa.it.*

[58] Così C.d.S. sent. n. 4523 del 2016, *www.giustizia-amministrativa.it.*

[59] Tar Catanzaro, Sez. II, 10.4.2015, n. 686, *www.giustizia-amministrativa.it.*

elettori a combinare la loro opzione per il candidato sindaco prescelto con uno dei tanti nominativi di candidati al Consiglio, potrebbe condurre ad un organico controllo esterno dei voti individuali sezione per sezione, in funzione di una riconoscibilità generalizzata dei voti degli aventi diritto»[60].

Così come, più di recente, si è evidenziato che indicare in un numero piuttosto consistente di schede preferenze per soggetti che non partecipano alla tornata potrebbe: «*costituire comunque indice di appartenenza ad un determinato gruppo clientelare*»[61].

In ultimo, si discute se sottolineare o scrivere il nome del candidato sindaco nello spazio relativo alle preferenze sia segno di riconoscimento o meno. Se una parte di giurisprudenza sostiene che siffatta modalità di espressione di voto: «*non può essere semplicemente qualificata come un modo "rafforzato" di espressione del voto, ma come un modo senz'altro vietato. Altrimenti si renderebbe astrattamente ammissibile l'apposizione sulla scheda - al di fuori dei casi tassativamente consentiti dalla legge - di una pluralità di scritture o di unità grafiche non necessarie*»[62], un altro filone interpretativo sostiene, tuttavia, che: «*tanto la sottolineatura del cognome del candidato, che la scrittura dello stesso nella sezione riservata alle preferenze, hanno la «finalità di "rafforzare" l'espressione del voto - che a questo punto appare inequivoca - in favore del candidato indicato*»[63].

7. *Spunti di riflessione sull'introduzione di sistemi di voto elettronico*

Se, dunque, la casistica giurisprudenziale è ampia in tema d'interpretazione del voto ed effetti sullo scrutinio, ci si domanda se vi siano degli strumenti atti a diminuire da una parte il margine di errore di assegnazione del voto in fase di scrutinio, dall'altra l'intervento del giudice in fase di eventuale ricorso avverso l'esito delle consultazioni.

[60] In tal senso si è espresso anche il Tar Torino, sent. nn. 1080 e 1079 del 2017, in *www.giustizia- amministrativa.it.*

[61] Tar Venezia, Sez. III, 23.4.2020, n. 358, *www.giustizia-amministrativa.it.*

[62] C.G.A., sez. giur., 20.11.2015, n. 664, *www.giustizia-amministrativa.it.*

[63] In questi termini C.G.A.R.S., 12.01.2018 n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

A tal proposito, si discute sulla possibilità di utilizzo di strumenti di voto elettronico[64] tali da offrire un mezzo idoneo a limitare l'incertezza del risultato elettorale[65].

Sul punto, occorre in ogni caso rilevare che all'evoluzione tecnologica, com'è stato evidenziato[66], nella sua funzione di strumento atto ad allargare le maglie dei mezzi a disposizione della collettività per operare negli spazi della politica, corrisponde, paradossalmente, una disaffezione degli strumenti della democrazia rappresentativa[67].

Per tale ragione, a scanso di equivoci, la possibilità di utilizzare degli strumenti digitali non costituirebbe, almeno potenzialmente, un presupposto per una maggiore affluenza alle urne[68], quanto, piuttosto, per una semplificazione del procedimento elettorale.

---

[64] Sul tema in generale si veda P. CARLOTTO, *Il voto elettronico nelle democrazie* contemporanee, Padova, 2015.

[65] A. GRATTERI, *Il "pallottoliere elettronico", ovvero la rilevazione informatizzata dello scrutinio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006, p. 15, sottolinea che: «*i vantaggi legati al voto elettronico consistono essenzialmente nella inequivocabile interpretazione della volontà dell'elettore e nella rapidità ed incontrovertibilità dello scrutinio. A questi si aggiungono la semplificazione delle operazioni di voto per gli elettori disabili grazie al ricorso a supporti tecnici specifici (ad es. guida audio) e la riduzione del personale impiegato per lo scrutinio*».

[66] M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. dell'Inf. e dell'Informatica*, fasc. 2, 2015, p. 274, afferma che: «*la contraddizione per cui, se da un lato le tecnologie digitali dovrebbero creare un ambiente favorevole alla nascita di nuovi soggetti politici o alla rivitalizzazione di quelli esistenti, d'altra parte proprio la diffusione delle nuove tecnologie sembra accompagnarsi ad una crescente sfiducia nei corpi sociali intermedi, si riflette, nell'atteggiamento diffuso degli utenti della rete, in un generalizzato rifiuto delle forme, dei riti e degli istituti della democrazia rappresentativa, senza, peraltro, che a tale rifiuto si accompagni una chiara opzione per un "modello" alternativo*». Sul punto si cfr. altresì P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia,* in *Dir. dell'informaz. e dell'informatica,* 2011, p. 19 *ss.*

[67] Sul punto si veda altresì A. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Dir. Inf.*, fasc. 1, 2011, p. 47, che nel criticare tale impostazione afferma: «*a dispetto di simili problematiche, il voto per corrispondenza sembra oggi acquistare sempre maggior credito, nel quadro di una più generale tendenza all'agevolazione dell'esercizio del suffragio, in ragione della sua capacità di ampliare le modalità e le occasioni per l'espressione del voto stesso, anche al fine, come già accennato, di contrastare la crescente disaffezione elettorale. Non sono, infatti, rare le discipline elettorali che affiancano il voto in loco con forme più "flessibili", le quali, oltre alla più collaudata facoltà di votare in altre sezioni appartenenti alla medesima circoscrizione elettorale, consentono anche di procedere, per esempio, al voto presso c.d. seggi-chioschi e/o a "raccolte dei voti itineranti" (c.d. "voto mobile")*».

[68] Sul punto è stato sottolineato che: «*pur nel generale ridimensionamento degli iniziali entusiasmi, si continua ad evidenziare il ruolo delle ICT nel promuovere nuove forme di*

Tornando all'oggetto di tale approfondimento, in linea generale l'impiego di strumenti elettronici all'interno del campo dei procedimenti elettorali non si esaurisce al solo momento della votazione, ma può includere sia la gestione delle fasi antecedenti il voto (quali l'anagrafica elettorale e l'utilizzo della carta d'identità elettronica ai fini dell'identificazione personale), quanto il momento successivo legato allo scrutinio ed alla verbalizzazione dei voti.

8. (Segue) *Gli spazi di operatività del voto elettronico*

A ben vedere l'opportunità di una rapida introduzione di tali strumenti è sottolineata dal Codice dell'Amministrazione digitale, secondo il quale dovrebbero essere favorite forme di partecipazione alla vita democratica mediante nuove tecnologie (art. 9).

A tal proposito, concentrando l'attenzione sulla questione inerente il voto elettronico, ci si chiede quale tra i vari modelli possa essere adottato all'interno del nostro ordinamento[69].

Per quanto qui di interesse, si è soliti distinguere tra il cd. *home vote* ed il sistema di voto cd. presidiato.

Mentre con il primo strumento sarebbe possibile esprimere le proprie preferenze da qualsiasi dispositivo remoto[70] e, dunque, in

mobilitazione e organizzazione politica, e a sottolineare le potenzialità innovative della rete nella "democratizzazione" del sistema dei media e nella rivitalizzazione della partecipazione politica : e se è vero che le tecnologie informatiche e telematiche hanno ormai applicazioni ed implicazioni decisive in quasi tutti gli ambiti della vita umana, ben oltre la tradizionale dimensione della libertà della comunicazione, è evidente che non ci si può esimere dall';interrogarsi sulle trasformazioni che il loro utilizzo è destinato a determinare — e in parte, forse, sta già determinando — sul modo di essere della cittadinanza e sul modo in cui i cittadini si accostano alla partecipazione politica», così M. CUNIBERTI, *op. cit.,* p. 276.

[69] A. GRATTERI, op. cit., p. 19, efficacemente sottolinea come l'esigenza di introduzione di tali sistemi faccia parlare di "voto pagano". Ai fini descrittivi, all'interno del macro sistema che lo rappresenta, si è soliti distinguere tra sistemi di voto *on line* e sistemi *offline*, con la differenza che mentre la prima si identifica con una serie di *computers* collegati tra loro, la seconda attraverso un sistema di elaboratori non connessi in una singola rete. Altra differenza ancora è rappresentata da sistemi che certificano il voto stesso e sistemi che contabilizzano direttamente il voto dell'elettore.

[70] L. TRUCCO, *op. cit*., p. 49, sottolinea che: «*la traiettoria evolutiva dell'impiego di nuove tecnologie di voto in vigenza del suffragio universale è idealmente scindibile in due fasi temporali: i) una prima, più "antica" e tradizionale, "forma di voto in loco" e ii) una seconda, emersa più di*

assenza di un luogo fisico prestabilito per lo svolgimento della procedura elettorale, con il secondo vengono applicate delle regole più garantiste che comportano la necessità, in ogni caso, di recarsi fisicamente presso l'urna (cd. chiosco), ed effettuare la votazione tramite una qualsiasi macchina connessa alla rete, previa identificazione e autenticazione personale.

Sotto il primo profilo, come sarà evidenziato a breve, la scelta della Costituente di prevedere un voto personale ed eguale, libero e segreto[71], comporta, con tutta evidenza, poco spazio per momenti elettorali slegati da siffatti principi.

Infatti, solo sporadicamente si sono susseguiti diversi modelli di applicazione di strumenti informatici alla procedura elettorale, specialmente a cavallo degli anni 2000[72], i quali, tuttavia, in primo luogo non si sono tradotti in un uso continuativo degli stessi, ed in secondo, ricorrevano all'uso di strumenti elettronici esclusivamente al fine della trasmissione informatizzata[73] dello scrutinio[74].

Se, dunque, astrattamente sarebbe auspicabile l'apertura del nostro ordinamento al voto elettronico presidiato, si è da tempo affermata,

"recente", forma di votazione (anche) a distanza, la quale oltre a consentire (come la prima) lo svolgimento di "consultazioni di massa" meglio si presta (rispetto alla prima) a facilitare l'espressione del suffragio favorendo, per ciò stesso, una più ampia partecipazione al voto da parte del corpo elettorale»

[71] Sul punto S. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, in Quaderni dell'osservatorio elettorale, n. 46/2002, osserva che: «*si tratta di "due coppie" di garanzie fondamentali: la personalità-eguaglianza e la libertà-segretezza del voto che richiedono di essere interpretate in modo dinamico, anche con riguardo all'effettiva evoluzione dei sistemi e contesti politici»*

[72] In particolare, la legge 8 aprile 2004, n. 90, all'art. 8 (*Norme transitorie per la sperimentazione di procedure per il conteggio informatizzato del voto*), ha previsto la contabilizzazione dei risultati in modalità elettronica stabilendo che: «*un operatore informatico, nominato dal Ministro per l'innovazione e le tecnologie tra i cittadini italiani che godono dei diritti politici, rileva in via sperimentale, all'interno dell'ufficio elettorale di sezione e mediante apposito strumento informatico, le risultanze dello scrutinio di ciascuna scheda. L'esito della rilevazione sperimentale non ha alcuna incidenza sui risultati ufficiali dell'elezione».*

[73] Sul punto si veda l'art. 2, del decreto-legge 1° febbraio 2005, n. 8 (convertito nella legge 24 marzo 2005, n. 40). Per una puntuale ricostruzione delle varie proposte avanzate in sede parlamentare si veda più diffusamente G. A. ORIFINO, *L'espressione elettronica del suffragio,* in Dir. Int., n. 2/2006, pp. 201 e ss.

[74] Così A. GRATTERI, *op. cit.*, p. 3

viceversa, la critica secondo la quale non potrebbe trovare ingresso un sistema di votazione elettronica per le tornate elettorali da remoto.

Sul punto, si rileva che i principi di personalità, eguaglianza, libertà e segretezza del voto, così come individuati dall'art. 48 Cost., nella loro veste di condizioni per l'esercizio genuino del voto, osterebbero, con tutta evidenza, all'applicazione dell'*home vote*.

Ciò sul presupposto che consentire un voto da remoto permetterebbe, potenzialmente, una palese violazione proprio del principio di segretezza[75], in quanto non sussisterebbero i crismi di certezza di esplicazione di un voto libero, svincolato da pressioni esterne (o, meglio, interne) al luogo in cui l'elettore esprime la propria preferenza[76].

A tale affermazione potrebbe opporsi la constatazione che delle deroghe al voto per così dire ordinario sussistono all'interno del nostro ordinamento. Si pensi, ad esempio al voto assistito per particolari categorie di cittadini (in primo luogo portatori di *handicap*), al voto per corrispondenza ammesso per gli elettori all'estero.

Ebbene, a ben guardare queste deroghe sono ammesse proprio per garantire l'eguaglianza del diritto di voto a fasce di popolazione altrimenti escluse dal gioco democratico[77].

---

[75] In tema di segretezza è stato affermato che: «*ciò che appare invece più difficile da superare, ai fini della verifica della compatibilità dell'home vote con l'ordinamento costituzionale italiano, è il problema relativo alla garanzia della segretezza del voto (strettamente funzionale, peraltro, alla libertà dello stesso); per quanto si possano adottare i più raffinati strumenti offerti dalla tecnologia, infatti, non si vede come si possa scongiurare la possibilità che l'elettore, nel momento in cui esprime il proprio voto da un terminale collocato nella propria abitazione, sia esposto allo sguardo di altri, in grado di prendere conoscenza del suo voto e quindi di condizionarlo*», così M. CUNIBERTI, op. cit., p. 17.

[76] Sul punto è stato affermato che: «*per assicurarla gli ordinamenti stabiliscono idonee misure e strutture di protezione affinché l'elettore si senta nella sua manifestazione effettivamente "solo con la propria coscienza", al riparo da controlli (intrusioni) di chicchessia, che inevitabilmente comprometterebbero la genuinità del voto, oltre che dare luogo a intollerabili pressioni*», così E. BETTINELLI, op. cit., p.10.

[77] Sul punto L. TRUCCO, op. cit. p. 50, osserva che: «*certo, la maggior severità della nostra Carta costituzionale, rispetto ad altre, pure coeve, Costituzioni, nell'esigere il rispetto della segretezza e della personalità del voto, potrebbe rendere più difficile l'applicazione di "nuove forme" di suffragio, al punto da condurre a mettere in dubbio la stessa portata generalizzata del predetto principio. In particolare, la più attenta dottrina ha avuto modo già da tempo di osservare come, nel quadro costituzionale italiano, l'agevolazione del voto si dimostri meglio praticabile in riferimento a particolari porzioni di elettorato a favore di cui, nel perseguimento dell'obiettivo dell'eguaglianza*

Sul punto, occorre un'ulteriore riflessione.

Come evidente, il voto per corrispondenza è ammesso perché, *a contrario*, vi sarebbe un evidente *vulnus* di democrazia e, del resto, negli anni si sono susseguite proposte di modifiche alle modalità di voto all'estero, per le quali si prevedeva la possibilità di voto da remoto previa distribuzione di appositi codici personali rilasciati dagli uffici consolari[78] solo a seguito d'idonea identificazione personale.

Non appare, pertanto, possibile consentire l'*home voting* oltre che per le ragioni sopra descritte, collegate all'esigenza di segretezza del momento elettorale, per il principio di personalità del voto, che richiama come suo presupposto l'identificazione dell'elettore.

D'altronde, la legislazione ordinaria sul punto è rigida nell'affermare che solo gli elettori di cui viene riconosciuta l'identità personale mediante: «*a) carta d'identità o altro documento di identificazione munito di fotografia*» (cfr. artt. 48 e 49 del DPR n. 570 del 1960 T.U. elezioni comunali; negli stessi termini si cfr. anche art. 57 DPR n. 361 del 1957 T.U. elezioni Camera dei Deputati), possono procedere ad esercitare il loro diritto di voto[79].

Del resto, a contrastare l'astratta possibilità di prevedere l'inserimento di sistemi di *home voting*, senza previa identificazione personale dell'elettore, si pongono altresì i principi affermati anche in sede sovranazionale mediante il par. II, n. 7, della Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec(2017)5 del 14 giugno 2017, di definizione delle linee guida da seguirsi nell'ambito dell'*e-voting*, secondo il quale deve essere: «*assicurata l'identificazione univoca degli elettori in modo che possano essere inconfondibilmente distinti dalle altre persone*»[80].

---

sostanziale, si è ritenuto ragionevole prevedere un particolare ausilio, a motivo della loro situazione fisica (v. i malati), o lavorativa (v. militari e i marinai), o "residenziale" (v. italiani all'estero): ai fini, dunque, della rimozione di quegli ostacoli che, di fatto, finiscono per limitarne il libero espletamento del suffragio».

[78] Si cfr. il d.d.l. n. 2907/2017 recante "Modifiche alla legge 27 dicembre 2001, n. 459", il quale prevedeva che: «*in occasione di ogni consultazione elettorale, gli elettori residenti all'estero possono esercitare il proprio diritto di voto mediante procedimento elettronico presso le rappresentanze diplomatiche e consolari*», in *www.senato.it.*

[79] Ed allo stesso modo, l'art. 12 del DPR n. 299 del 2000, prescrive che «per tutte le consultazioni» è necessaria l'identificazione personale dell'elettore.

[80] Del resto l'esigenza di identificazione dell'elettore non è estranea ad altri campi dell'ordinamento dove da anni si registra l'utilizzo di strumenti digitali per le

9. *Benefici voto presidiato e beneficio "democratico"*

Se, dunque, si esclude l'introduzione di un voto elettronico slegato dalla personale identificazione dell'elettore, introdurre un sistema di voto presidiato, nel rispetto della cornice giuridica sopra richiamata, potrebbe condurre ad una serie di benefici sotto il profilo della semplificazione delle procedure elettorali.

Sul punto, come precedentemente ricordato, in via generale, si può certamente affermare che le problematiche legate all'espressione del voto riguardano, da una parte, questioni inerenti l'interpretazione dello stesso, dall'altra la volontà di apporre dei segni di riconoscimento nella scheda all'evidente scopo di farsi riconoscere.

Ebbene, attraverso una modalità di voto digitale presidiato, questi problemi, ed il contenzioso che ne deriva, verrebbero quanto meno ridotti.

Ciò in quanto, mediante idonee postazioni di voto e strumenti *software*, dei quali andrebbe garantita l'assoluta sicurezza[81], l'elettore avrebbe modo d'indicare esclusivamente la propria preferenza, senza

votazioni. In particolare ci si riferisce alle linee guida messe a punto da CINECA per il sistema di U-VOTE per la gestione delle elezioni interne agli Atenei universitari, il quale prescrive la necessaria identificazione personale del votante preliminarmente all'espressione del voto. Al tempo stesso, nel settore bancario attraverso la Direttiva sui diritti degli azionisti (2007/36) è stato ampliato il ricorso agli strumenti elettronici per garantire il rispetto dei principi democratici all'interno delle società. A ben guardare, tuttavia, per quanto concerne il momento del voto, è stato sottolineato che: «*viceversa, l'attivazione di sistemi di connessione elettronica per la partecipazione da remoto ai lavori e per l'espressione del voto non solo rappresenta una facoltà per il singolo azionista (nel senso che in nessun caso la società può imporne l'uso ai propri soci), ma è tale per la stessa società. La direttiva, qui, si rivolge solo agli Stati membri, i quali debbono "consent[ire] alle società di offrire ai loro azionisti qualsiasi forma di partecipazione all'assemblea con mezzi elettronici" (art. 8; corsivo mio); la norma italiana replica senza discostarsene questo approccio, cosicché è l'autonomia statutaria e organizzativa del singolo ente a decidere se tale partecipazione può essere virtuale o no*», così M. CIAN, *Intervento e voto in assemblea: le nuove tecnologie come mezzo per promuovere l'attivismo degli investitori istituzionali?*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, 2014, p. 420 e ss.

[81] Sul punto si veda S. SCAGLIARINI, *Tecnologie informatiche e procedimento elettorale, un matrimonio he s'ha da fare, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 17.2.2020, in *Consultaonline*.

cadere in errori nel tratteggiare il proprio voto o inserire dei segni di riconoscimento[82].

Conseguentemente, com'è stato sottolineato[83], il grado di certezza espresso dal voto equivarrebbe a creare le condizioni per aversi un voto inequivocabile

D'altro canto, non può sottacersi come, sotto altro profilo, il voto presidiato porterebbe all'astratta possibilità di consentire di votare su tutto il territorio nazionale, indipendentemente dalla sezione residenziale di riferimento, eliminando una palese limitazione alla partecipazione alla vita democratica del paese degli elettori fuori sede.

Nell'attuale sistema, infatti, le sezioni non possono essere istituite se non raccolgono un numero non inferiore a 500 elettori residenti, all'evidente scopo da una parte di garantire, almeno potenzialmente, una maggiore affluenza alle urne, dall'altra di ridurre le possibilità di un controllo successivo al momento elettorale sulle preferenze indicate dagli elettori.

A ben vedere, tuttavia, come è stato affermato in dottrina[84], le sezioni altro non sono che luoghi di smistamento dei risultati elettorali parziali.

---

[82] Sotto altro aspetto, tuttavia, se è pur vero che ciò escluderebbe di fatto la possibilità di voto nullo, d'altro canto non si può non contestare che il diritto di voto, assumendo in sé oltre che la possibilità di non recarsi alle urne, e dunque di non voler partecipare alla vita democratica del Paese[82], seppur considerato come dovere civico dall'art. 48 Cost., anche la possibilità astrattamente riconosciuta dall'ordinamento, di esprimere un voto volutamente nullo**.** Sul punto è stato sottolineato che**:** «*la normativa costituzionale italiana individua, infine, nell'atto di votazione un dovere civico. La formula prescelta è ambigua e costituisce il risultato di una discussione intensa e tradizionale. Ancora alla Assemblea costituente la scriminante giuridica tra assertori e avversari del voto obbligatorio si riallacciava alla contrapposizione tra elettorato diritto ed elettorato funzione, tipica della ricostruzione dottrinaria francese e tedesca. In realtà il riferimento agli interessi concreti era sicuramente più stringente e collocava tra i fautori dell'obbligatorietà del voto i moderati e conservatori, mentre i partiti di sinistra si dichiaravano contrari. La ragione di un simile atteggiamento si fondava sul differente attivismo politico degli elettorati di destra e sinistra e sulla convinzione che il voto obbligatorio potesse essere considerato come una garanzia nei confronti dell'allargamento del suffragio*», così F. LANCHESTER, *Voto (diritto di) (dir. pubbl.) [XLVI, 1993*]**.** In generale, sul diritto di voto si vedano i fondamentali scritti di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, nonché P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

[83] Sul punto si veda A. GRATTERI, *Finalità e problemi del voto elettronico: le prospettiva della sua attuazione in Italia*, *Quadernicostituzionali*, 2015, p. 5.

Per tale ragione, attraverso l'introduzione di sistemi di voto elettronico presidiato e di un'anagrafica informatizzata degli elettori, le sezioni diverrebbero, da luoghi di smistamento di voti su base residenziale, postazioni dove poter partecipare alla vita democratica su scala nazionale.

Se, dunque, paiono evidenti i benefici soprattutto in tema di eliminazione di voti nulli e/o segni riconoscibili, dall'altra non possono sottacersi alcuni profili problematici.

In primo luogo, presupposto di un'applicazione efficace di sistemi di voto elettronico è rappresentato dalla sicurezza informatica che il sistema deve garantire, questione di rilevante interesse anche in termini di costi.

Sotto altro profilo, occorre chiedersi quale sia la complessità delle operazioni di voto al fine di eliminare il divario digitale (cd. *digital divide*[85]), che potrebbe ostacolare l'esplicazione delle libertà democratiche dell'elettorato.

A tal proposito, risulterebbe opportuno individuare dei sistemi di conferma finale della preferenza espressa in cabina elettorale, in modo da rendere l'elettore perfettamente consapevole della scelta che ha compiuto.

Sotto tale profilo, va comunque ricordato che allo stato attuale un eventuale errore nell'indicazione della preferenza comporta la possibilità per l'elettore di richiedere una nuova scheda elettorale[86],

[84] E. BETTINELLI, *op. cit.*, p.25.

[85] L. TRUCCO, op. cit., p. 10 sottolinea che: «*l'e-vote, infatti, continua ad essere percepito, perlopiù, come complicato ed incomprensibile, e per ciò stesso – prima ancora che per le sue caratteristiche tecniche –, "presuntivamente" inidoneo a garantire, per l'appunto, un livello di "affidabilità" e di "sicurezza" del suffragio (almeno) equivalente a quello conseguito dalle procedure tradizionali, con quanto di negativo ne consegue, peraltro, quanto alla legittimazione degli organi (in tal modo) eletti. Ciò che, tra l'altro, dimostra come, al pari di ogni tipo di tecnologia "prestata" al diritto, anche – ed, anzi, a maggior ragione, data la «delicatezza ed importanza di tale momento di esercizio della sovranità popolare57» – il voto elettronico, per "funzionare" in senso "democratico"58, non possa prescindere da un adeguato livello di "alfabetizzazione", che può essere frutto di efficaci campagne di informazione e, più in generale, di "acculturazione" (qui, di tipo, all'evidenza, informatico)*».

[86] Secondo l'art. 63 del T.U. per l'elezione della Camera dei deputati: «*se un elettore riscontra che ((la scheda)) consegnatagli e' deteriorata, ovvero egli stesso, per negligenza o ignoranza, l'abbia deteriorata, puo' richiederne al presidente una seconda, restituendo pero' la prima, la quale e' messa in un plico, dopo che il presidente vi abbia scritto "scheda deteriorata", aggiungendo la sua firma*».

possibilità in ogni caso facilmente replicabile da sistemi digitali, i quali garantirebbero l'esigenza di segretezza del voto.

10. *Prospettive*

In ultimo, si registra una la proposta presentata attraverso il d.d.l. n. 1323 del 2019, recante "*Modifiche alla legge 27 dicembre 2001, n. 459, in materia di esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero e delega al Governo per l'introduzione del voto elettronico per l'esercizio del diritto di voto all'estero*", il quale prevede di estendere la digitalizzazione sia nella fase di voto, sia per le operazioni di scrutinio, al fine di automatizzare la procedura ed impedire: «*la contraffazione o l'annullamento delle indicazioni di voto*».

L'elemento di novità rispetto alle proposte precedenti risiede nell'utilizzo: «*della tecnologia informatica denominata blockchain, quale registro pubblico condiviso in cui viene espresso e registrato, in modo immutabile e certo, il voto dell'elettore, assicurandone, con appositi strumenti, la segretezza del voto*», e solo in caso d'impossibilità di utilizzo di tali sistemi si prevede l'utilizzo di sistemi di voto da remoto attraverso qualsiasi macchina connessa alla rete: «*previa identificazione e autenticazione*».

A ben vedere, la proposta in oggetto pone sullo sfondo l'introduzione del voto da remoto, individuando, con eccessiva enfasi, la tecnologia *blockchain* quale scelta prioritaria per ammodernare le procedure elettorali per il voto estero.

Se ci si concentra ad analizzare la tematica della tecnologia in oggetto, ci si accorgerà, tuttavia, che siffatti sistemi, al pari del voto elettronico da remoto, si troverebbero in palese contrasto con l'esigenza di tutela dei principi che governano la materia elettorale.

Le ragioni che accompagnano tale riflessione muovono dalla struttura propria di questa tecnologia, la quale ha trovato riconoscimento positivo dal legislatore nazionale[87].

[87] Sul punto occorre sottolineare che l'art. 8-ter del d.l. n. 135 del 2018, conv. con mod. dalla l. n. 12 del 2019 (Decreto Semplificazioni), recante "*Tecnologie basate su registri distribuiti e smart contract*", definisce come tecnologie basate su registri distribuiti: «*le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione dei dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e*

Infatti, con tale strumento s'intende un registro distribuito tra gli utenti organizzato attraverso una catena di blocchi sostanzialmente immutabili al cui interno vengono inseriti i dati delle operazioni, la cui caratteristica precipua risiede, dunque, nella pubblicità delle informazioni.

Tuttavia, se il ricorso a tali tecnologie può trovare positivo riscontro in altri ambiti, quale ad esempio quello dei contratti pubblici e, in generale, nei settori dove il rispetto del principio di trasparenza e di accesso ai documenti amministrativi non è derogabile, l'applicazione dello strumento in esame mal si concilierebbe con le esigenze proprie delle procedure elettorali[88].

11. *Conclusioni*

Alla luce delle problematiche evidenziate all'interno del presente contributo, appare evidente che la volontà d'introdurre dei sistemi di voto da remoto sembrerebbe, allo stato dell'arte, destinata a rimanere un'eccezione.

Come precedentemente evidenziato, la cornice dei principi che governano le procedure elettorali potrebbe porre un limite insuperabile alla possibilità di esprimere preferenze di voto del tutto scollegate con le esigenze di segretezza, personalità, univocità ed

non modificabili» Sul valore legale della blockchain e sugli smart contracts si veda L. PAROLA, P. MERATI, G. GAVOTTI, *Blockchain e smartcontract: questioni giuridiche aperte,* in *I contratti,* 2018, 6, p. 681 e ss. Sul punto si rinvia altresì a N. SZABO, *Formalizing and securing relaionship on public networks,* in *www.ojphi.org.* Inoltre si veda A. DI SABATO, *Gli smartcontracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale,* in *Contratto e Impresa*, 2017, 2, p. 378 e ss.

[88] A tal proposito, e rilevante ai nostri fini, occorre sottolineare che le catene possono essere *permissioned* o *permissionless*. Nel primo caso, si tratta di creare una *chain* gestita e validata solo da un agente o più agenti la cui partecipazione è limitata a utenti predeterminati, viceversa le catene *permissionless* permettono una gestione in cui qualsiasi soggetto svolge la funzione di validatore e partecipante. Conseguentemente, e per i fini propri delle gare d'appalto, la scelta di gestione delle gare mediante *blockchain* non potrebbe che ricadere nei sistemi *permissioned*, prevedendo la p.a. come gestore del *network*. Sul tema si rinvia a S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro Amministrativo (Il),* 2018, 10, nonché L. PAROLA, P. MERATI, G. GAVOTTI, *Blockchain e smartcontract: questioni giuridiche aperte*, in *I contratti*, 2018, 6, p. 681.

eguaglianza, le quali risultano garantite esclusivamente attraverso l'identificazione personale dell'elettore.

Conseguentemente, le recenti proposte, volte a superare tali barriere ed introdurre un sistema di voto elettronico per gli elettori italiani residenti all'estero, per le ragioni sopra richiamate, esporrebbero la disciplina ad una verifica di legittimità costituzionale al fine di accertarne la compatibilità con l'art. 48 Cost.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir., XIX, Milano*, 1970; S. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, in Quaderni dell'osservatorio elettorale, n. 46/2002; D. BORGHESI, *Azione popolare, interessi diffusi e diritto all'informazione*, in Pol. dir., XVI, 1985; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2015; G. CAMPANILE, *Il contenzioso pre-elettorale in Francia: quale soluzione per un puzzle giurisprudenziale?*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002 fasc. 4; O. CANTALUPO, *Il contenzioso elettorale amministrativo passivo (parte prima), L'Amministrazione italiana*, 1978, fasc. 2, pp. 155-165; O. CANTALUPO, *Il contenzioso elettorale amministrativo passivo (parte seconda), L'Amministrazione italiana*, 1978, fasc. 3, pp. 315 – 346; A. CARDONE, *Conservazione del voto e diritto di azione nell'accesso alla giurisdizione amministrativa sulle operazioni elettorali, Diritto Pubblico*, 2011 fasc. 2; P. CARLOTTO, *Il voto elettronico nelle democrazie* contemporanee, Padova, 2015; E. CATELANI, F. DONATI, M. C. GRISOLIA, *La giustizia elettorale. Atti del Seminario svoltosi a Firenze, il 16 novembre 2012*, Napoli, 2013; M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano, federalismi.it*, 2013 fasc. 16; R. CHIEPPA, *Riflessi della sent. n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico)*, in *Giur. cost. 2010*; F. CINTOLI, *L'azione popolare nel contenzioso elettorale amministrativo*, in *Dir. amm*., fasc.2, 2008; C. CONSOLO, *L'efficacia delle sentenze nel contenzioso elettorale, Diritto processuale amministrativo*, 2012 fasc. 4; P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia,* in *Dir. dell'informaz. e dell'informatica,* 2011; S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro Amministrativo (Il),* 2018, 10; M. CUNIBERTI *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. dell'Inf. e dell'Informatica*, fasc. 2, 2015; G.G.A. DATO, *Il contenzioso in materia di operazioni elettorali*, in M. CORRADINO - G.G.A. DATO (a cura di), *I riti speciali nel giudizio amministrativo*, Torino 2008; A. D. DE SANTIS, *In tema di azione popolare nel contenzioso elettorale,* in *Il Foro italiano*, 2017 fasc. 3; G. DE FINA, Diritto elettorale, Torino, 1977; A. DI

SABATO, *Gli smartcontracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale,* in *Contratto e Impresa*, 2017, 2; C. E. GALLO, *L'ambito del giudizio elettorale nella decisione dell'adunanza plenaria n. 10 del 2005,* nota *a Consiglio di Stato ad. plen.* , *24 novembre 2005, n.10*, in *Il For. Amm. CDS*, 11/2005, p. 3244 e ss.; A. GIUSTI, *La giurisdizione di merito nel giudizio sul procedimento elettorale preparatorio, T.A.R. Torino, 10 ottobre 2013, n.1073, sez. II*, in Dir. Proc. Amm., fasc. 2, 2014, p. 623; F. GOISIS, *Pretesa sostanziale del cittadino elettore nel contenzioso elettorale avanti al giudice amministrativo e profili di incostituzionalità dell'art. 129 c.p.a.*, in *Dir. proc. amm*., fasc.1, 2013, p. 147; A. GRATTERI, *Finalità e problemi del voto elettronico: le prospettiva della sua attuazione in Italia*, *Quadernicostituzionali*, 2015, p. 5; A. GRATTERI, *Il "pallottoliere elettronico", ovvero la rilevazione informatizzata dello scrutinio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006; C.M. IACCARINO, *Elezioni amministrative (voce)* [XIV, 1965], in *Enciclopedia del Diritto*; F. LANCHESTER, *La verifica dei poteri nel diritto comparato: modelli a confronto*, in *Giurisprudenza costituzionale*. n. 43/1999, pp. 2859 e ss.; F. LANCHESTER, *Voto (diritto di) (dir. pubbl.) [XLVI, 1993* P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; G. LANEVE, *Il procedimento elettorale tra favor partecipationis ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. Tar* , 2010, p. 1962 e ss.; E. LEHNER, *Finalmente sancita l'immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni locali e regionali*, in *Giur. cost. 2010*, p. 2908; E. LEOPOLDO, *Elezioni politiche (contenzioso)* [XIV, 1965], in *Enciclopedia del Diritto*; D. LETTERIO, *I motivi di ricorso nel contenzioso sulle operazioni elettorali,* in *Giustizia amministrativa*, 2007 fasc. 4, pp. 839 – 849; F. LIGUORI, *Azione popolare e tutela del diritto di voto nel processo amministrativo,* Napoli, 1993; E. MAGGIORA, *Nuovi orientamenti della giurisprudenza elettorale* (Prima parte), in *Lo Stato Civile Italiano*, 2015 fasc. 1, pp. 52-56; E. MAGGIORA, *Nuovi orientamenti della giurisprudenza elettorale* (Seconda parte), in *Lo Stato Civile Italiano*, 2015 fasc. 2, pp. 50-53; M.L. MAZZONI HONORATI, *Osservazioni sulla verifica dei poteri in Francia, Gran Bretagna, Germania federale e Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 4/1983; C. MIGNONE, *Giustizia elettorale amministrativa*, Milano 1981; C. MIGNONE, *Il riparto della giurisdizione nel contenzioso elettorale*, For. Amm., 1982, p. 610; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975; M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *La giurisdizione amministrativa di merito, Atti del IV Seminario della Sezione Umbra del C.I.S.A. (Perugia 1968),* in *Scritti giuridici,* II, Milano, 1996; G. A. OROFINO, *L'espressione elettronica del suffragio,* in Dir. Int., n. 2/2006, pp. 201 e ss.; P. PASSAGLIA, *La giustizia elettorale in Francia: un delicato equilibrio tra complessità ed efficacia*, in *www.federalismi.it*, n.14/2015; V.E. ORLANDO, La *giustizia amministrativa, in Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1907; A. PAJNO, *Fase preparatoria delle elezioni politiche e contenzioso elettorale. Verifica dei poteri, regolazione della giurisdizione e transizione italiana*, in *Corriere Giuridico*, 2008, p. 309; A. PAJNO, *La giustizia*

amministrativa all'appuntamento con la codificazione, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2010, p. 119; D. PICCIONE, *Dell'estensione parossistica dell'autodichia delle Camere: critica ad un regolamento di giurisdizione costituzionalmente... imprudente. Nota a: Cassazione civile, 08 aprile 2008, n.9151, sez. un.*, in *Giur. cost.,* 2008, 3; G. PICCIRILLI, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedimentali*, in *Rassegna Parlamentare*, 2006, p. 793; G. A. PRIMERANO, *Il contenzioso elettorale davanti al g.a. nella recente evoluzione normativa e giurisprudenziale, (nota a Cons. St., ad. plen., 9 ottobre 2013 n. 22),* in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 3, 2014, p. 913; L. PAROLA, P. MERATI, G. GAVOTTI*, Blockchain e smartcontract: questioni giuridiche aperte,* in *I contratti,* 2018, 6, p. 681 e ss.; G. SALA*, Problemi del processo amministrativo nella giurisprudenza (dell'Adunanza Plenaria): lineamenti del contenzioso elettorale*, *Dir. Proc. Amm*, 1985; P. QUINTO, *Il nuovo codice, il giudizio elettorale e la Corte Costituzionale: una singolare coincidenza*, in *Foro amm.*, *TA*R, fasc.6, 2010, pag. 2228; S. RODRIQUEZ*, Il controllo sulle elezioni: dalla "verifica dei poteri" ai tribunali elettorali. uno studio comparato*, Nomos, 1/2013, P. 28; A. SAITTA, *L'araba fenice del contenzioso elettorale (a proposito del c.d. codice del processo amministrativo)*, in *Giustamm*, n. 6 – 2010; S. SCAGLIARINI, *Tecnologie informatiche e procedimento elettorale, un matrimonio he s'ha da fare, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 17.2.2020, in *Consultaonline*; V. SCIALOJA, *Prefazione a Le azioni popolari romane di Bruns, in Studi giuridici*, I, 1, Roma, 1933; F. G. SCOCA, *Il primo correttivo al codice del processo amministrativo,* in *Corr. giur.*, 2012, p. 301 e ss.; F. G. Scoca, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale, Giur. Cost*., 2009, 5, 3617; N. SZABO*, Formalizing and securing relaionship on public networks,* in *www.ojphi.org*; M. TIBERII, *La tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, Napoli, 2013; P. TORRETTA, *Quale giudice per il contenzioso pre-elettorale politico? Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 259 del 2009*, in *Forumcostituzionale.it*, 2010; A. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Dir. Inf.* , fasc. 1, 2011, p. 47; L. TRUCCO, *Ammissibilità delle liste elettorali: un chiarimento "una volta per tutte"?*, in *www.giurcost.org*, pp. 1-16; L. TRUCCO, *Contenzioso elettorale e verifica dei poteri tra vecchie - ma mai superate - e nuove questioni*, *Rassegna Parlamentare*, 2006 fasc. 3; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971; G. VIRGA, *Operazioni elettorali e tutela cautelare differita,* in *www.lexitalia.it, n. 11/2005*; P. VIRGA, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1992; F. VETRÒ, *I riti elettorali*, in F.G. SCOCA, *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2013.

ABSTRACT

Il tema del contenzioso elettorale rappresenta un luogo in cui svariati interessi entrano in gioco. Con il presente lavoro si analizzano le criticità presenti all'interno dell'ordinamento nazionale e le specifiche caratteristiche

del rito elettorale dinanzi al giudice amministrativo per concludere con alcune considerazioni in tema di *e-voting*.

The electoral litigation represents a place where various interests come into play. This paper analyzes the critical issues inside national legislation and the specific properties of the electoral arbitration before the administrative judge to conclude with some observations in the matter of e-voting.

LAURA MANCINI*

GIUSTIZIA DEL CONTRATTO, AUTONOMIA PRIVATA E MERCATO

SOMMARIO: 1. Le teorie sulla giustizia contrattuale. – 2. La giustizia contrattuale nella giurisprudenza. - 3. Giustizia contrattuale e autonomia privata. – 4. Autonomia privata e mercato. – 5. La disparità contrattuale e l'abuso della libertà negoziale. – 6. Giustizia contrattuale e buona fede. – 7. La rilevanza dello squilibrio economico del contratto. 8. I rimedi. La nullità parziale. – 9. La correzione del contratto ingiusto nella prospettiva del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

1. *Le teorie sulla giustizia contrattuale*

Nell'elaborazione della dottrina civilistica il sintagma 'giustizia contrattuale' identifica una denominazione composita[1] e polisensa[2], declinabile in una pluralità di accezioni[3] corrispondenti ai diversi

* Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione – Settore civile.

[1] Infatti, in dottrina si registra una tendenza ad ascrivere a tale denominazione un coacervo di istituti (dalla rescissione all'abuso di potere contrattuale - costituente il fulcro della disciplina dell'abuso di posizione dominante (art. 9, l. n. 192/1998), della nullità delle transazioni commerciali con condizioni gravemente inique (art. 7, comma 1, d.lgs. n. 231/2002), dei rapporti agro-alimentari (art. 62 del d.l. n. 1/2012) e dell'affiliazione commerciale (l. n. 129/2004) -, dalla riduzione della penale all'usurarietà degli interessi) accomunati dalla funzione di riequilibrio dell'assetto contrattuale alterato ad opera di un elemento perturbatore esterno.

[2] Osserva V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale,* in *Enc. dir., Ann.,* VII, Milano, 2014, p. 447, che, proprio in ragione della pluralità delle intuizioni teoriche sul tema, la giustizia contrattuale sia *"tanto poco definibile quanto sono quelli di buono e di male"*. L'incertezza sulla nozione di giustizia contrattuale generata dalla varietà delle indicazioni provenienti dal contesto interpretativo e normativo, nazionale ed europeo, è sottolineata anche da E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* in *Riv. dir. civ.,* 2016, p. 1263-1264 e da P. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice,* in *Riv. dir. civ.,* 2019, p. 345 e ss.

[3] M.W. HESSELINK, *Democratic Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2014, p. 81 ss., individua cinque concezioni della giustizia contrattuale: le *Libertian theories* (o *neoliberal* o *ordoliberal*), le *Utilitarian theories*, le *Liberal-egalitarian theories*, le *Communitarian or Traditional theories* e le *Republican theories*.

angoli prospettici dai quali si presta ad essere osservata[4].

La principale classificazione[5] da cui muovono le riflessioni sul tema si basa sulla distinzione tra il concetto di giustizia distributiva, che, in una prospettiva macroeconomica, identifica l'attitudine del contratto ad assolvere alla funzione di equa allocazione delle risorse tra i consociati[6], e la categoria della giustizia commutativa, la quale postula un rapporto di scambio tra equivalenti[7] e, con specifico riferimento alla materia negoziale, si identifica con l'equilibrio del singolo contratto[8].

Nell'ambito della giustizia commutativa si distingue, poi, tra equilibrio normativo ed equilibrio economico del programma negoziale.

---

[4] Non di rado influenzati da suggestioni di carattere filosofico, nonché da spunti provenienti dal diritto privato europeo e dall'analisi economica del diritto, sulla quale v., per tutti, G. CALABRESI, *Il futuro del Law and Economics (Saggi per una rimeditazione ed un ricordo)*, a cura di F. FIMMANÒ -V. OCCORSIO, Milano 2018, p. 7 ss.

[5] La dicotomia tra giustizia distributiva e giustizia commutativa risale al pensiero aristotelico (ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 3, 1131 a 10 -1132 b 9). Per una ricostruzione storica dei contributi sulla distinzione tra tali nozioni di giustizia, si veda I. ENGLARD, *Corrective & Distributive Justice - From Aristotle to Modern Times*, *Oxford University Press*, New York, 2009, richiamato da F. DENOZZA, *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di "parte debole"*, in *Orizz. dir. comm.,* 30 novembre, 2013, p. 8.

[6] Risulta ampiamente condivisa l'idea secondo la quale né il diritto interno, né quello europeo si prefiggono di attuare la giustizia sociale. La stessa tutela di soggetti deboli, come il consumatore o l'impresa economicamente dipendente, mira esclusivamente ad assicurare il razionale equilibrio nello scambio e ad evitare forme di abuso della libertà contrattuale. In tal senso si vedano, tra gli altri, A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura,* in *Europa e dir. priv.,* 2013, p. 798; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi costituzionali e controllo sull'atto di autonomia privata. Spunti di comparazione tra esperienza italiana e brasiliana,* in *Giust. civ.,* 2018, 1, p. 229 e ss., nonché E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 43, n. 1, 2014, p. 642.

[7] Così A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazione e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura,* cit., p. 798.

[8] P. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, in *Riv. dir. civ.,* 2019, 2, p. 345 e ss.; G. D'AMICO, *"Giustizia contrattuale" nella prospettiva del civilista,* in *Diritti Lavori Mercati,* 2017, 2, 255; V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale,* cit., p. 447 e ss.; N. LIPARI, *Intorno alla giustizia del contratto*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, p. 235 e ss.

Nel primo senso il contratto è ingiusto se reca condizioni ingiustificatamente inique – come potrebbe essere la pattuizione che comporta una distribuzione dei rischi tra i contraenti sbilanciata o l'attribuzione, in favore di una sola parte, di poteri di modificazione o di scioglimento unilaterale del vincolo negoziale - avuto riguardo al regolamento contrattuale nel suo complesso[9].

L'ingiustizia economica del contratto viene, invece, identificata con la sproporzione tra il valore economico delle attribuzioni patrimoniali[10].

Ancora, alla nozione di giustizia contrattuale in senso sostanziale viene contrapposta quella di giustizia procedurale[11], sul presupposto che il controllo generalizzato dell'adeguatezza e della proporzionalità dell'assetto sinallagmatico, auspicato dall'approccio sostanzialista puro, comporti una significativa restrizione dell'autonomia privata, esponendo il contratto ad un controllo *ex post* sulla base del canone di adeguatezza di volta in volta prescelto[12], laddove l'ancoraggio della giustizia contrattuale a parametri procedurali (*procedural justice*) [13] autorizza l'intervento giudiziale sul contenuto dell'accordo soltanto nel caso in cui si verifichino anomalie nel contesto in cui viene in essere l'operazione contrattuale - con specifico riferimento alla fase delle trattative e della formazione della volontà negoziale - e lo squilibrio contrattuale si correli alla contrazione della libertà di scelta o al difetto di consapevolezza del contraente svantaggiato.

Il concetto di giustizia contrattuale, nell'accezione di giustizia commutativa, ovvero di equilibrio normativo del regolamento concordato e di congruità del valore economico delle attribuzioni patrimoniali oggetto di scambio, continua, quindi, ad essere al centro di un'ampia discussione che vede contrapposte soluzioni ermeneutiche aperte alla configurabilità di un controllo contenutistico sulla proporzionalità e sull'adeguatezza dell'assetto di interessi divisato

[9] P. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice,* cit., p. 349.

[10] P. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice,* cit., p. 348-349.

[11] Su cui si vedano, in particolare, F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale,* in *Europa e dir. priv.,* 2015, 2, p. 233 e ss.; E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* cit., p. 1263 e ss.

[12] F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale",* cit., p. 233 e ss.

[13] J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. CEPPA, Roma 2013, p. 356 ss.

dalle parti, e impostazioni tese a salvaguardare, anche in un'ottica di garanzia della sicurezza dei traffici, l'autonomia contrattuale, secondo la nota formula *"qui dit contractuel dit juste"*[14], fondata sull'equazione tra contratto valido e contratto giusto.

Secondo l'approccio prescelto dall'impostazione tradizionale, che affonda le proprie radici nella tradizione liberista che ha ispirato una parte significativa dell'elaborazione del pensiero giuridico dal secondo dopoguerra[15], il contratto è giusto in quanto è il risultato del libero e consapevole esercizio dell'autonomia delle parti. L'equilibrio normativo del regolamento degli interessi e la proporzione economica del sinallagma non sono, quindi, di per sé, giuridicamente rilevanti, né sono sindacabili attraverso il controllo di validità del contratto o la correzione giudiziale dello squilibrio, salvo che allo squilibrio o alla sproporzione si associ una diversa e ulteriore anomalia nella formazione del consenso che infici, anche in ragione della debolezza di una delle parti, la libertà negoziale[16].

Altri autori intravedono, invece, una tendenza dell'ordinamento nazionale e sovranazionale verso la tutela dell'equità dello scambio[17], sul presupposto che il contratto giusto non è quello voluto dalle parti, ma quello equilibrato.

---

[14] A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine,* Parigi, 1885, p. 410.

[15] A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 753 ss.; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, V, p. 230 ss.; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e impr.*, 1997, p. 421; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano 2005, p. 313 ss.; A. D'ANGELO, *Il contratto in generale*, IV, *La buona fede*, in Trattato BESSONE, XIII, Torino, 2004, p. 255 ss.

[16] A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 155; V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio,* in E. NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore,* Torino, 2007, p. 253; E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* cit., p. 1262 e ss.

[17] P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 341; N. LIPARI, *Intorno alla giustizia del contratto*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, p. 235 e ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli 2004, pp. 88 ss. - 184 ss.; M. PENNASILICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1252 ss.; F. GALGANO, *Sull'*aequitas *delle prestazioni contrattuali,* in *Contratto e impr.,* 1993, p. 419 e ss.; Id., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte, ivi,* 1997, p. 421 e ss.; ROLLI, *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, in *Contratto e impr.,* 2001, p. 621.

Una delle prime versioni di tale indirizzo riferisce la nozione di adeguatezza e di proporzionalità del contratto alla corrispettività tra le prestazioni e fa derivare dal difetto di detto equilibrio un vizio della causa[18].

Altra dottrina assume, invece, che l'equilibrio non si esaurisce nella mera equivalenza economica tra le prestazioni, ma coincide con la conformità del regolamento negoziale all'assetto valoriale dell'ordinamento[19], di guisa che il controllo di proporzionalità, che è strettamente collegato a quello di ragionevolezza [20], deve essere condotto in conformità al principio di legalità costituzionale[21].

Vi è, infine, chi concepisce la giustizia contrattuale come l'insieme degli istituti tesi a garantire la proporzione tra le prerogative previste dal contratto e, più in generale, dei vantaggi e degli svantaggi da esso comportati e trova nella buona fede il principale strumento di attuazione[22]. Alla stregua di tale clausola è, infatti, possibile realizzare una rivisitazione per via giudiziale del rapporto contrattuale – che risulti squilibrato a causa della violazione di una regola specifica o anche indeterminata come la buona fede - attraverso l'integrazione del contratto, il diniego di tutela (*exceptio doli generalis* o l'inesigibilità) e la conformazione degli effetti (nullità parziale e risarcimento del danno).

2. *La giustizia contrattuale nella giurisprudenza*

Anche nella giurisprudenza di legittimità, a fronte di un indirizzo che, considerando prevalente il principio di autonomia privata, esclude che lo squilibrio originario del sinallagma possa tradursi nella

[18] Si tratta dell'autorevole elaborazione di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* 9, Napoli, 1966, rist. Napoli 1986, p. 184 e ss. ripresa da E. D'AQUILA, *L'adeguatezza tra i vantaggi nei contratti onerosi, Studi senesi,* 1978, p. 455 e ss. Ma, per una rilettura in chiave restrittiva di tale impostazione, si veda A. D'ANGELO, *La buona fede,* in *Tratt. dir. priv.,* diretto da M. BESSONE, XIII, *Il contratto in generale,* IV, Torino, 2004, p. 205, richiamato da F. PIRAINO, op. ult. cit., p. 233 e ss.

[19] N. LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto,* cit., p. 47 e ss.

[20] P. PERLINGIERI, *"Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale*, cit., p. 219.

[21] P. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile,* Napoli, 2016, p. 86 e ss.; p. 137 e ss.; Cass., Sez. III, n. 14343/2009.

[22] F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale",* cit., *passim* e spec. §§ 1 e 8.

nullità del contratto per mancanza di causa, si sono registrate decisioni che hanno riconosciuto rilevanza all'equilibrio normativo e alla proporzione economica del regolamento negoziale ritenendo possibile la permeabilità del contratto al potere conformativo del giudice.

Nell'ambito del primo di tali orientamenti, alcune pronunce [23] hanno, ad esempio, ritenuto che il prezzo della compravendita debba ritenersi inesistente, con conseguente nullità del contratto per mancanza di un elemento essenziale (ai sensi degli artt. 1418 e 1470 c.c.), non nell'ipotesi di pattuizione di prezzo tenue, vile ed irrisorio, ma quando risulti concordato un corrispettivo obiettivamente non serio, o perché privo di valore reale - e perciò meramente apparente e simbolico -, o perché programmaticamente destinato nella comune intenzione delle parti a non essere pagato. La pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa compravenduta, ma non del tutto privo di valore intrinseco, può assumere rilevanza sotto il profilo dell'individuazione del reale intento negoziale delle parti e dell'effettiva configurazione e operatività della causa del contratto, ma non può determinare la nullità di quest'ultimo per la mancanza di un requisito essenziale. Del pari, non può incidere sulla validità del contratto la circostanza che il prezzo, pur in origine seriamente pattuito, non sia stato poi in concreto pagato[24].

Più di recente, sulla medesima linea ermeneutica, la Corte di cassazione ha ribadito che in tema di contratti di scambio, lo squilibrio economico originario delle prestazioni delle parti non può comportare la nullità del contratto per mancanza di causa, perché nel nostro ordinamento prevale il principio dell'autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive[25].

Nell'indirizzo in esame si inserisce anche la pronuncia secondo la quale solo l'indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore, meramente apparente e simbolico, può determinare la nullità della

[23] Cass., Sez. II, n. 9144/1993, in *Il corr. giur.,* 1994, 2, p. 218 e ss., con nota di V. MARICONDA, *Funzione della vendita e ammontare del prezzo.*

[24] In senso conforme, si veda Cass., Sez. II, n. 9640/2013.

[25] Cass., Sez. I, n. 22567/2015 in *Foro it.*, 2016, 7-8, I, col. 2505 e ss., con nota di E. SCODITTI, *Lo squilibrio contrattuale dalla fattispecie all'autoregolamento.*

vendita per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali, mentre la pattuizione di un prezzo, notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa venduta, ma non del tutto privo di valore, pone solo un problema concernente l'adeguatezza e la corrispettività delle prestazioni ed afferisce, quindi, all'interpretazione della volontà dei contraenti ed all'eventuale configurabilità di una causa diversa del contratto[26].

Nella stessa prospettiva, la Suprema Corte ha affermato che la clausola di un contratto di assicurazione che preveda, nel caso in cui il pagamento dei premi successivi al primo avvenga con un particolare ritardo (nella specie, superiore a novanta giorni), il protrarsi della sospensione della copertura assicurativa per un ulteriore periodo stabilito dalle parti, non viola l'art. 1901, comma 2, c.c., atteso che tale norma non prevede alcun termine per la riattivazione della polizza dopo il pagamento tardivo della rate di premio successive, essendo volta a disciplinare solo gli effetti dell'inadempimento e non ad imporre un determinato equilibrio giuridico ed economico dei rapporti di assicurazione, né è possibile rinvenire nel nostro ordinamento un principio generale che imponga alle parti di elaborare un assetto di interessi in cui le diverse prestazioni abbiano uno stretto rapporto di corrispettività, intesa nella duplice prospettiva economica e giuridica[27].

Nell'ambito del secondo degli orientamenti giurisprudenziali ai quali si è fatto richiamo, si è affermato che, in tema di rapporti agrari, uno degli elementi essenziali del contratto di affitto di fondo rustico - di natura commutativa, la cui causa è la costituzione di un'impresa agricola su fondo altrui - è il corrispettivo, in danaro o in utilità di altra natura. Esso deve risultare periodico, certo o almeno determinabile, di norma correlato al valore di godimento del bene per realizzare una tendenziale equivalenza tra le due prestazioni, ed avere carattere anche di obbligatorietà, in quanto deve trovare causa nell'adempimento di un obbligo dell'affittuario e fonte nel contratto di affitto. Ne consegue che, il mero, eventuale pagamento di taluni oneri attinenti al fondo e di alcune spese accessorie, non costituendo lo scopo e l'oggetto del contratto, non valgono a qualificare il

[26] Cass., Sez. II, n. 9640/2013.
[27] Cass., Sez. III, n. 9182/2018.

rapporto giuridico quale contratto di affitto, mentre, non assumendo natura sinallagmatica, sono elementi compatibili con il contratto di comodato (modale), che trova la sua causa nel rapporto di condiscendenza e di fiducia tra i contraenti e non vede, tra i suoi effetti inderogabili, l'esclusivo vantaggio del comodatario[28].

La Suprema Corte si è espressa in termini analoghi con riferimento al recesso *ad nutum* dal contratto di concessione di vendita, individuando nella buona fede un elemento capace di "*mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione"* e uno strumento di controllo giudiziale dello statuto negoziale, anche in senso modificativo o integrativo, a garanzia del giusto contemperamento degli opposti interessi[29]. Tale statuizione si fonda sulla concezione della buona fede quale strumento di correzione eteronoma del contenuto contrattuale e di riequilibrio degli interessi dei contraenti[30].

Di sicuro rilievo sistematico[31] è, inoltre, il *dictum* con il quale la Cassazione, chiamata a individuare la natura gratuita od onerosa di un vincolo negoziale, ha qualificato la fattispecie in termini di contratto oneroso sul presupposto che, diversamente opinando, si sarebbe realizzato *"uno squilibrio contrattuale inaccettabile e contrastante coi parametri costituzionali degli artt. 2, 41, 42 e 44 Cost., con conseguente non meritevolezza degli interessi perseguiti ed inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 1322 c.c."*[32].

A tale indirizzo interpretativo vanno, inoltre, ricondotte le pronunce sulla riducibilità d'ufficio della clausola penale che hanno fatto seguito alla decisione nomofilattica n. 18128/2005[33].

---

[28] Cass., Sez. III, n. 10684/2003. In senso conforme si vedano Cass., Sez. III, 21389/2005 e Cass., Sez. III, n. 13349/2006.

[29] Cass., Sez. III, 20106/2009, in *Foro it.,* 2010, 1, 1, p. 85 e ss., con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Nuova giur. civ. comm.,* 2010, 3, 2, 129, con nota di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto* e di C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?).*

[30] In senso critico si veda S. GUADAGNO, *Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2015, II, p.. 755.

[31] Valorizzato, con dovizia di argomentazioni, da P. PERLINGIERI, *"Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale,* cit., p. 216-217.

[32] Cass., Sez. III, n. 7557/2011.

[33] In *Il corr. giur.*, 2005, 11, p. 1534 e ss., con nota di A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio.*

Una significativa apertura al controllo contenutistico giudiziale in funzione conformativa del programma negoziale si coglie, altresì, nella pronuncia nomofilattica n. 9140 del 2016[34], la quale, con riferimento alla validità delle clausole *claims made* inserite nei contratti di assicurazione della responsabilità civile, ha affermato che la pattuizione che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che, tanto il fatto illecito, quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo preventivamente individuati (cd. clausola *claims made* mista o impura), non è vessatoria, ma, in presenza di determinate condizioni, può essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero - ove applicabile la disciplina del d.lgs. n. 206 del 2005 - per il fatto di determinare a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e obblighi contrattuali.

Pur non prendendo espressa posizione sull'incidenza qualificatoria della clausola *claims made* sul tipo contrattuale assicurativo, ovvero sul se essa determini, o meno, l'atipicità del regolamento contrattuale[35], la pronuncia offre originali spunti ricostruttivi sul tema del sindacato giudiziale sull'equilibrio contrattuale.

Secondo le Sezioni Unite, la valutazione di meritevolezza deve essere condotta *"in concreto, con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete"* e l'eventuale immeritevolezza, derivante dallo squilibrio, riguarda le sole clausole "impure" in ragione della compressione temporale dell'oggetto della copertura[36].

Dall'immeritevolezza della clausola *claims made* la Corte fa discendere la nullità parziale del contratto ammettendo un intervento del giudice in senso modificativo o integrativo del programma

[34] Su cui si vedano, *ex aliis*, P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo,* in *Banca, borsa tit. cred.,* 2016, 6, 2, p. 656 e ss.; U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite,* in *Contr.,* 2016, 8-9, p. 753.

[35] Così P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, p. 656 e ss.

[36] Copertura limitata alle ipotesi nelle quali tanto i fatti quanto i danni da essi causati si siano verificati nel periodo di vigenza del contratto. Le clausole *claims made* "pure" sono, invece, quelle che prevedono che la richiesta venga fatta nella vigenza del contratto a prescindere dal momento in cui è stato commesso il fatto.

negoziale finalizzato a ristabilire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e a prevenire o reprimere l'abuso del diritto. E la conformazione giudiziale avviene attraverso l'applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile (c.d. *loss occurrence*).

A sostegno di tale ricostruzione le Sezioni Unite richiamano i principi enunciati nelle ordinanze n. 248 del 2013 e n. 77 del 2014, con le quali la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2, c.c. nella parte in cui non consente di ridurre la caparra confirmatoria, sul presupposto che, di fronte ad un regolamento contrattuale non equo e squilibrato in danno di uno dei contraenti - come una caparra manifestamente eccessiva e, quindi, non equa e gravemente sbilanciata in danno di una parte in contrasto con il dovere costituzionale di solidarietà - il giudice può rilevare d'ufficio la nullità della clausola per contrasto con l'art. 2 Cost. in combinato disposto con il canone della buona fede[37].

Le indicazioni ricostruttive offerte dall'arresto nomofilattico del 2016 sono state sviluppate ed arricchite dalla sentenza n. 22437/2018 delle Sezioni Unite[38], le quali, investite nuovamente della questione relativa alla natura giuridica e alla validità del regolamento contrattuale

[37] Al contrario, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha negato la configurabilità di un intervento riequilibratore del giudice, ovvero la possibilità, per quest'ultimo, di integrare il regolamento contrattuale divenuto lacunoso in seguito alla caducazione di una o più clausole (in tal senso v. Corte giust. UE, 21 gennaio 2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13; Corte giust. UE, 30 maggio 2013, causa C-488/11; Corte giust. UE, 14 giugno 2012, causa C-618/10).

[38] Su cui si vedano F. PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made,* in *Europa e dir. priv.,* 2019, p. 1045 e ss.; U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le Sezioni Unite: bis in idem*, in *Contr.,* 2018, 6, p. 639 e ss.; B. TASSONE, *Le clausole claims made di nuovo al vaglio delle Sezioni unite: tanti punti oscuri e due proposte,* in *Foro it.,* 2018, 11, 1, p. 3524 e ss.; N. DE LUCA, *Clausole claims made: sono tipiche e lecite, ma di tutto si può abusare,* in *Foro it.,* 2018, 10, 1, p. 3033; A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Claims made nel post-diritto,* in *Il Foro it.,* 2018, 11, 1, 3512; A.M. GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made,* in *La nuova giur. civ. comm.,* 2019, 1, p. 70; M. D'AURIA - G. FACCI, *Polizze claims made: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*, in *Corr. giur.,* 2019, 1, p. 20; S. LANDINI, *L'adeguatezza delle claims made*, in *Giur. comm.,* 2020, 1, 2, 130.

on claims made basis, hanno enunciato il principio di diritto secondo il quale *"Il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", quale deroga convenzionale all'art. 1917, comma 1, c.c., consentita dall'art. 1932 c.c., è riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni e, pertanto, non è soggetto al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., ma alla verifica, ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge, da intendersi come l'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale. Tale indagine riguarda, innanzitutto, la causa concreta del contratto – sotto il profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti -, ma non si arresta al momento della genesi del regolamento negoziale, investendo anche la fase precontrattuale (in cui occorre verificare l'osservanza, da parte dell'impresa assicurativa, degli obblighi di informazione sul contenuto delle "claims made") e quella dell'attuazione del rapporto (come nel caso in cui nel regolamento contrattuale "on claims made basis" vengano inserite clausole abusive), con la conseguenza che la tutela invocabile dall'assicurato può esplicarsi, in termini di effettività, su diversi piani, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili di volta in volta implicati".*

La sentenza, dopo aver sottolineato il riconoscimento legislativo ottenuto dal modello contrattuale in questione attraverso gli artt. 11 della legge 8 marzo 2017, n. 24, concernente l'obbligo di assicurazione delle strutture sanitarie per la responsabilità civile verso i terzi e i prestatori d'opera, e 3, comma 5, lett. e), del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con modificazioni dalla legge 14 novembre 2011, n. 148, come novellato dall'art. 1, comma 26, della legge 4 agosto 2017, n. 124, che ha stabilito l'obbligo di stipulare idonea assicurazione a carico dell'esercente una libera professione in relazione ai rischi da questa derivanti, ha evidenziato come la clausola *claims made* – già ampiamente diffusa nel settore assicurativo - sia divenuta una componente contenutistica del modello contrattuale di base, inderogabile *in pejus*, dell'assicurazione della responsabilità civile sanitaria e dei professionisti in genere, così collocandosi all'interno dell'ambito di derogabilità del sotto-tipo delineato dal primo comma dell'art. 1917 c.c., concesso dall'art. 1932 c.c. Il contratto di assicurazione con clausola *claims made* costituisce, dunque, una deroga

convenzionale, consentita dall'art. 1932 c.c., al modello di assicurazione della responsabilità civile, che non comporta una deviazione strutturale della fattispecie negoziale tale da estraniarla dal tipo dell'assicurazione contro i danni, e partecipa della causa indennitaria propria di tale ultimo contratto (art. 1904 c.c.).

La principale conseguenza di tale scelta ermeneutica va rintracciata nella sottrazione del regolamento contrattuale con *claims made* al controllo di meritevolezza degli interessi, che l'art. 1322, comma 2, c.c. riserva ai contratti atipici[39], e nel suo assoggettamento alla verifica sulla rispondenza del contenuto negoziale liberamente determinato ai limiti imposti dalla legge ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c.

Tale indagine riguarda, in primo luogo, il contenuto del regolamento contrattuale[40], essendo demandato al giudice il compito di verificare, attraverso la causa concreta – da identificarsi nello scopo pratico, ovvero nella sintesi degli interessi che il contratto è diretto a realizzare in concreto, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato -, se l'assetto di interessi pattuito sia lecito, ovvero non lesivo degli interessi delle parti tutelati dall'ordinamento, e adeguato agli interessi in concreto avuti di mira dai contraenti[41].

Ai fini di tale accertamento, l'emersione di un palese squilibrio dell'assetto sinallagmatico si presta ad essere interpretato come indice di carenza della causa in concreto dell'operazione economica. Ciò non significa - avverte la Suprema Corte - che il controllo di adeguatezza

[39] La meritevolezza del contratto non si esaurisce, secondo le Sezioni Unite, nella liceità della causa e dell'oggetto, consistendo in un giudizio che investe non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito, il quale è immeritevole quando è contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume e all'ordine pubblico, ovvero ai principi di solidarietà, parità e non prevaricazione. Sul punto si vedano altresì Cass., n. 4222/2017; Cass., n. 19559/2015; Cass., 22950/2015; Cass., n. 3080/2013; Cass., n. 12454/2009.

[40] In evidente analogia con l'*Inhaltskontrolle* del sistema tedesco (§ 307 BGB).

[41] Infatti, se, da un lato, si esclude che la clausola *claims made* sia soggetta al controllo di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c., dall'altro si evidenzia che rimane *"vivo e vitale il test su come la libera determinazione del contenuto contrattuale, tramite la scelta del modello claims made, rispetti, anzitutto i limiti imposti dalla legge che il primo comma postula per ogni intervento conformativo sul contratto inerente al tipo, in ragione del suo farsi concreto regolamento dell'assetto degli interessi perseguiti dai paciscenti, secondo quella che suole definirsi «causa in concreto» del negozio"* (Cass., Sez. Un., n. 22437/2018, punto 16).

sia volto a garantire l'equilibrio economico delle prestazioni, essendo detto profilo rimesso all'autonomia contrattuale. Invero, tale verifica è diretta a verificare *"con la lente del principio di buona fede contrattuale"* se lo scopo pratico del regolamento *on claims made* presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, *"giacché nel contratto di assicurazione contro i danni la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato attraverso criteri di calcolo attuariale"*[42]. La determinazione del premio di polizza assume, quindi, valore decisivo non soltanto ai fini dell'individuazione del tipo e del limite del rischio assicurato, ma della stessa verifica del rispetto in concreto dell'equilibrio sinallagmatico tra le reciproche prestazioni[43].

Tra i suggerimenti ermeneutici più originali e innovativi offerti dalla pronuncia nomofilattica vi è la considerazione per la quale il giudice di merito può compiere il giudizio causale in concreto attingendo dalla fase precontrattuale elementi chiarificatori sulle esigenze dell'assicurato e, quindi, sul contenuto più idoneo, e dunque più adeguato, a soddisfarle a pieno, valorizzando le peculiarità del caso concreto, ma avvalendosi anche dei principi generali tratti dalla legislazione speciale in materia di assicurazione obbligatoria della

[42] Il fondamento di tale parametro viene individuato dalle Sezioni Unite nel considerando n. 19 della direttiva 93/13 Cee, rimasto inattuato nel nostro ordinamento, ma espressivo di un principio di carattere generale, alla stregua del quale sulle clausole *claims made* può essere condotto un duplice controllo rimasto inattuato nel nostro ordinamento, ma espressivo di un principio di carattere generale.

[43] In questo senso si era già espressa Cass, Sez. III, n. 10596/2010, in *Danno e resp.,* 2011, 5, p. 515, con nota di S. LANDINI, *Equilibrio economico del contratto e interpretazione,* secondo la quale l'interpretazione di un contratto di assicurazione deve procedere, in ragione della natura sinallagmatica del vincolo, alla luce del principio di necessaria corrispondenza tra ammontare del premio dovuto dall'assicurato e contenuto dell'obbligazione dell'assicuratore, sicché proprio la determinazione del premio di polizza assume valore determinante ai fini dell'individuazione del tipo e del limite massimo del rischio assicurato, onde possa reputarsi in concreto rispettato l'equilibrio sinallagmatico tra le reciproche prestazioni. Facendo applicazione di tale principio la Corte di cassazione ha cassato la sentenza di merito che, con motivazione carente e contrastante con gli ordinari canoni ermeneutici, aveva attribuito insufficiente rilievo alla circostanza costituita dalla corrispondenza del premio corrisposto dall'assicurato per una polizza-furto al tipo di garanzia cd. "a primo rischio assoluto", che la compagnia assicuratrice aveva asserito non essere coperta dallo stipulato contratto di assicurazione contro i danni.

responsabilità professionale e dalla disciplina delle clausole abusive ex artt. 33 e ss. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206[44].

Il connotato causale dell'adeguatezza – avvertono le Sezioni Unite – salvaguarda, oltre all'interesse individuale, *"gli interessi che entrano nel contratto, ai quali non è estraneo quello, di natura superindividuale, di una corretta allocazione dei costi sociali dell'illecito, che sarebbe frustrata ove il terzo danneggiato non potesse essere risarcito del pregiudizio patito a motivo dell'incapienza patrimoniale del danneggiante, siccome, quest'ultimo, privo di "idonea" assicurazione"*[45].

Sul versante rimediale, la natura ancipite, individuale e pubblicistica, degli interessi perseguiti attraverso il parametro dell'adeguatezza contrattuale conduce a identificare la forma di tutela più confacente nella nullità, ma non già totale, bensì parziale con sostituzione automatica di clausole *ex* art. 1419, comma 2, c.c.

Ne discende che, con riferimento all'assicurazione della responsabilità professionale, il regolamento contrattuale deve modularsi alla stregua della disciplina legale di base, avente carattere imperativo perché posta a tutela di interessi pubblicistici, così che lo scarto tra il primo e la seconda comporta la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c., cui il giudice può porre rimedio, in forza dell'art. 1419 c.c., integrando il regolamento contrattuale, ma non attraverso il modello della c.d. *loss occurrence* di cui all'art. 1917, comma 1, c.c., come sostenuto dalle Sezioni Unite nel 2016, bensì *"attingendo quanto necessario per ripristinare in modo coerente l'equilibrio dell'assetto vulnerato dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa"*[46]. E, nel caso di contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legislazione in materia, è, comunque, possibile tenere conto della *"giuridica esigenza che il contratto assicurativo sia adeguato allo scopo pratico perseguito dai paciscenti"* in funzione di *"criterio guida nell'interpretazione della stipulazione intercorsa al fine di garantire l'assicurato dalla responsabilità civile anche in settori diversi da quello sanitario o professionale e, segnatamente, in quelli che postulano l'esigenza di una copertura dai rischi per danni da eziologia incerta*

[44] F. PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made,* in *Europa e dir. priv.,* 2019, p. 1045 e ss.

[45] Cass., Sez. Un., n. 22437/2018, punto n. 19.4 della motivazione.

[46] Cass., Sez. Un., n. 22437/2018, punto 19.6 della motivazione.

e/o caratterizzati da una lungolatenza"[47].

3. *Giustizia contrattuale e autonomia privata*

Si è già evidenziato come la tesi della permeabilità del regolamento contrattuale ad un sindacato contenutistico - e, quindi, ad un potere conformativo del giudice - generalizzato non raccolga un consenso unanime in dottrina, ritenendo una parte degli interpreti che tale intervento sia incompatibile con la funzione precipua del contratto di risoluzione di interessi in conflitto. Invero, secondo tale ultima impostazione, ciascun contraente tende a conseguire le condizioni per sé più vantaggiose, ancorché sfavorevoli alla controparte, in ragione di fini sovente contrapposti, e non sempre esplicitati, che trovano nell'accordo il comune mezzo di realizzazione [48]. Questa composizione dialettica esprime l'essenza stessa dell'autonomia privata, tanto che, in difetto di un elemento perturbatore che faccia venir meno la parità sostanziale delle parti, alterandone la fisiologica formazione del consenso, una verifica contenutistica del bilanciamento degli interessi compiuto da ciascun contraente, condotta sulla scorta di parametri esterni, si tradurrebbe in un *vulnus* non solo alla vincolatività e all'attitudine della dichiarazione contrattuale a generare affidamento nei terzi, ma alla stessa libertà di determinazione negoziale.

Le dissonanze che emergono dal raffronto tra le opposte correnti teoriche sulla giustizia contrattuale evocano scopertamente l'intima correlazione esistente tra questa e il più vasto tema dei rapporti tra l'autonomia privata e l'ordinamento giuridico.

È stato, del resto, da più parti segnalato come il controllo sull'adeguatezza e sull'equilibrio contrattuale esiga, al pari di quello di liceità e di meritevolezza, un preciso supporto normativo, non potendo ammettersi un potere di correzione del programma negoziale ancorato ad indeterminati parametri esterni[49].

Tale preoccupazione origina dalla considerazione per la quale

[47] Cass., Sez. Un., n. 22437/2018, punto n. 19.8 della motivazione.

[48] G. AMADIO, F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti,* Bologna, 2014, p. 565.

[49] F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale",* cit., p. 233 e ss.

l'intervento dello Stato nell'autonomia privata non può avere carattere sostitutivo, né può comportare la sovrapposizione di un sistema di valori diverso rispetto a quello scelto dai titolari degli interessi in gioco in vista del perseguimento dei loro progetti, obiettivi e valutazioni utilitaristiche, dovendo, al contrario, limitarsi a garantirne il corretto esercizio.

Secondo alcuni interpreti tale ricostruzione riceve conferma dalle previsioni costituzionali relative ai diritti patrimoniali e, in particolare, dalla riserva di legge posta dall'art. 41 Cost. [50] Il principio dell'autonomia privata sancito dall'art. 1322 c.c. – osserva l'opinione in esame - non trova espresso riconoscimento nella Costituzione, né ha sortito risultati accettabili il tentativo di individuarne il fondamento nell'art. 2 Cost., riguardando tale disposizione esclusivamente i diritti inviolabili originari della persona [51]. Non di meno, una tutela costituzionale, sia pure indiretta [52], dell'autonomia privata quale strumento per l'esercizio della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà, è rinvenibile negli artt. 41 e 42 Cost., così che i limiti all'esercizio dei predetti diritti patrimoniali, identificati da tali disposizioni nella coerenza con l'utilità sociale e nel rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana, si riflettono inevitabilmente sull'esplicazione del potere di autonomia negoziale[53].

Lo stesso art. 41, comma 3, Cost., nel riservare alla legge il compito di determinare i programmi e i controlli opportuni affinché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali, stabilisce che tali fini possono vincolare la libertà di contratto soltanto con la mediazione del legislatore, così escludendo, in mancanza di uno specifico fondamento normativo, un generalizzato potere giudiziale di controllo diretto sugli atti negoziali. Fanno eccezione al sistema così delineato alcune disposizioni

[50] L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione,* in *Banca borsa e tit. cred.,* 1997, 1, p. 1 e ss.

[51] L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione,* cit., p. 1 e ss.

[52] Ritengono, invece, trattarsi, di un riconoscimento costituzionale diretto G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata,* in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale,* Napoli, 1997, p. 97; S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea,* in *Europa e dir. priv.*, 2005, p 54.

[53] L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione,* cit., p. 1 e ss.

costituzionali (come quelle, relative al rapporto di lavoro, di cui agli artt. 36, 37 e 40 Cost.), che valgono, invece, a limitare direttamente l'autonomia.

Secondo una diversa visione, il dovere di solidarietà costituzionale deve, invece, ritenersi dotato di immediata efficacia precettiva (c.d. *Drittwirkung*)[54], con la conseguenza che al giudice è consentito un controllo diretto e generalizzato sullo statuto negoziale per il tramite della clausola generale di buona fede, la quale, alla luce del precetto costituzionale, trascorre da regola di comportamento a regola di validità del contratto [55].

A tale impostazione è stato, tuttavia, obiettato, che, per un verso, l'operatività della buona fede oggettiva in funzione interpretativa e integrativa del contratto non abbisogna di un sostegno costituzionale [56] e, per altro verso, anche ove si riconoscesse un'immediata efficacia precettiva al principio fondamentale di solidarietà, comunque non potrebbe disconoscersene la portata di regola di comportamento, in quanto tale inidonea a fungere da parametro per la verifica della validità del contratto[57]. Invero, pur non potendo attribuirsi all'autonomia privata la portata di un diritto inviolabile[58], non può disconoscersi che l'ordinamento, interno e sovranazionale[59], ha comunque accordato a tale principio la garanzia

[54] Per un'ampia disamina sul tema della *Drittwirkung*, diretta e indiretta, si veda G. CONTE, *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato. Notazioni sull'efficacia precettiva e sulle modalità applicative dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Giust. civ.,* 2018, 1, p. 147 e ss.

[55] Corte cost., n. 103/1989; Corte cost., n. 248/2013, cit.; Corte cost. n. 77/2014, cit.. In dottrina si vedano F. GALGANO, *Sull'aequitas delle prestazioni contrattuali,* in *Contratto e impr.,* 1993, 419 e ss.; Id., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte, ivi,* 1997, p. 421 e ss.

[56] L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione, cit.,* 9, sottolinea l'inutilità di offrire alla buona fede delle "stampelle costituzionali" al fine attribuirle *vis* normativa. Nello stesso senso si veda E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* in *Riv. dir. civ.,* 2016, p. spec. 1268.

[57] Così Cass., n. 19024/2005; Cass., S.U., n. 26724/2007; Cass., n. 8462/2014.

[58] Come ha fatto la Corte di giustizia dell'UE nella sentenza del 18 luglio 2013, C-426/11, Alemo c/ Herron.

[59] L'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dispone, invero, che *"È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali"*.

d'istituto, così impedendo interpretazioni capaci *"di minacciare l'essenza e l'esistenza dell'istituto contrattuale"*[60].

E' stato, inoltre, evidenziato che un controllo giudiziale diffuso sulla giustizia contrattuale si porrebbe in contrasto con il *trend* della legislazione europeo, la quale condiziona il controllo del contratto *ex fide bona* alla sussistenza di asimmetrie del potere negoziale[61].

Le norme eurounitarie in materia risultano, invero, connotate da una finalità unitaria, coincidente con l'obiettivo, squisitamente ordo-liberista, di garantire l'efficienza del mercato attraverso la correzione di situazioni di debolezza che ne alterano il funzionamento[62]. Per tale ragione nel diritto privato europeo il controllo contenutistico si giustifica in ragione non di una generica disparità contrattuale, ma di un'asimmetria che assuma rilevanza rispetto all'obiettivo del mercato regolamentato.

Varrà, al riguardo, richiamare, innanzitutto, la disciplina dei contratti dei consumatori, ma alla stessa logica si ispirano la normativa sull'abuso di dipendenza economica nella subfornitura (art. 9, comma 1, l. 192/1998), sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (art. 7, comma 1, d.lgs. n. 231/2002) e sui contratti relativi ai prodotti agrari e agroalimentari (art. 62 del d.l. n. 1/2012), nonché la stessa disciplina *antitrust* con riferimento alla validità dei contratti posti "a valle" di intese restrittive in contrasto con la legge n. 287 del 1990[63].

Un'altra parte della dottrina, condividendo l'evoluzione assiologica e normativa che ha contribuito a ridelineare la nozione stessa di autonomia privata quale fonte del diritto che concorre alla regolamentazione del caso concreto, ha proposto un superamento della concezione che, in omaggio ad una lettura liberista dell'art. 41 Cost. ormai anacronistica, reputa intangibile il dogma dell'autonomia

[60] Così E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* cit., 1270.

[61] Nella prospettiva indicata, l'efficienza del mercato vale, in definitiva, a plasmare il profilo procedimentale dell'ingiustizia (E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* cit., 1271).

[62] F. DENOZZA, *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di "parte debole",* in *Orizz. dir. comm.,* 2013, p. 1 e ss.; E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* cit., p. 1275.

[63] E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* cit., p. 1276.

privata[64]. Deve, infatti, essere sottoposta a revisione l'impostazione secondo la quale sussiste un'equivalenza tra il *'liberamente voluto dalle parti'* e il *'giusto'*, dal momento che la giustizia del contratto non si esaurisce nella volontà, ma deve essere apprezzata alla stregua dei canoni di proporzionalità, di ragionevolezza e di adeguatezza[65]. Al contrario, l'interpretazione in chiave costituzionale dell'art. 1322 c.c. induce a ritenere che la riserva di legge posta dall'art. 41 Cost. includa tra le coordinate del controllo di meritevolezza degli atti negoziali non solo le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume, ma anche le norme che impongono valori positivi (artt. 2 e 3 Cost.)[66].

Alla stregua di tale costruzione teorica il concetto di giustizia viene a coincidere con quello di equilibrio, il quale non si esaurisce nella mera proporzione economica tra le prestazioni, ma postula, altresì, la consonanza del programma negoziale con l'assetto valoriale dell'ordinamento, di guisa che il controllo di proporzionalità viene ad assumere i connotati di una verifica di ragionevolezza, così prescindendo da valutazioni meramente quantitative[67].

Va, infine, dato conto dell'opinione[68] che, superando la nozione di contratto quale fattispecie, tramandata dalla dottrina tradizionale[69], e condividendo le basi sistematiche e concettuali della più moderna concezione del contratto quale regola alla cui formazione concorrono, oltre al legislatore, le parti e il giudice[70], riconosce a quest'ultimo il ruolo di *"compartecipe della costruzione del regolamento capace di immettervi i valori costituzionali"*[71], così venendo a delineare, anche alla luce degli spunti offerti dalla disciplina europea[72], un rapporto tra attività

[64] P. PERLINGIERI, *"Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale,* cit., 206-210; N. LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto,* Napoli, 2016, 7.

[65] P. PERLINGIERI, op. ult. cit., p. 227.

[66] P. PERLINGIERI, op. ult. cit., p. 213.

[67] P. PERLINGIERI, op. ult. cit., p. 218.

[68] E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali,* in *Giust. civ.,* 2018, 1, p. 211 e ss.

[69] Per E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* Torino, 1950, p. 46 e ss., il potere dispositivo della parte deriva *"dal fatto che l'ordine giuridico riconosce e sanziona un'autonomia che i privati stessi esplicano già sul terreno sociale nei rapporti fra loro"*.

[70] S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

[71] Così E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali,* cit., p. 211.

[72] E, in particolare, la disciplina consumeristica.

giurisdizionale e autonomia privata del tutto nuovo.

Difatti, se il contratto coincide con un fatto i cui effetti derivano dalla sua sussunzione nel paradigma legale, spetta esclusivamente alla legge il compito di rendere il regolamento contrattuale conforme a Costituzione. Al contrario, se si assume che il contratto *"trascenda la fenomenologia degli effetti della fattispecie legale"*, vi è spazio per il giudice per far riferimento ai principi costituzionali.

Secondo l'impostazione in esame, il contratto non può ritenersi un mero fatto produttivo di effetti per il tramite dell'ordinamento giuridico perché consiste in una regola. Ciò non significa che esso possa essere assimilato ad una fonte normativa - con la conseguenza che non può essere sottoposto ad un sindacato di costituzionalità vero e proprio -, ma che, una volta superato il vaglio di legalità, ha forza di legge tra le parti (art. 1372 c.c.) e, quale forma di autoregolamentazione sociale munita dell'effetto dell'impegnatività, viene a collocarsi in uno spazio intermedio che non è quello delle fonti del diritto, ma neanche quello della fattispecie.

Solo concependo il contratto come regola (*rectius,* come regolazione di interessi) - e non come mero fatto produttivo di effetti secondo la legge - è possibile configurare un concorso del legislatore e del giudice nella conformazione del suo contenuto[73].

In definitiva, il contratto possiede una carica regolamentare non riducibile al merito, inteso come volontà che ha posto l'atto, in quanto il regolamento di interessi con esso posto in essere non è circoscrivibile alla fattispecie legale, ma la oltrepassa e per la parte eccedente non resta che il sindacato alla luce dei principi costituzionali[74].

Si tratta dei principi generali che assumono rilevanza con riferimento all'autonomia privata e che, secondo la previsione dell'art. 41 Cost., possono entrare in contrasto con le sue manifestazioni. Invero, a fronte della proclamazione della libertà di iniziativa economica privata si pongono i limiti dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana, nonché il principio di

[73] E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali,* cit., p. 222.

[74] E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali,* cit., p. 221-222.

solidarietà sancito dall'art. 2 Cost.[75]

Tali principi operano là dove termina la regolamentazione legale e, quindi, oltre la fattispecie. Ne consegue, secondo la tesi in parola, che la difformità del contratto rispetto ad essi non può tradursi in un'ipotesi di nullità, essendo tale istituto strettamente correlato ad un difetto della struttura della fattispecie contrattuale rispetto al paradigma legale.

Il sindacato giudiziale di equità si appunta, invece, sul momento attuativo del contratto e viene attivato o d'ufficio o su eccezione di parte in termini di inopponibilità *in executivis* del regolamento negoziale iniquo o squilibrato[76]. Così lo squilibrio diviene fatto impeditivo dell'attuazione del programma negoziale: il negozio è valido ed efficace, ma non può essere posto in esecuzione in ragione dell'eccezione, in senso lato e quindi rilevabile anche d'ufficio dal giudice, di squilibrio significativo[77].

La tutela prospettabile rispetto a tale situazione coincide con il potere processuale di paralizzare la pretesa di esecuzione del contratto mediante un'*exceptio doli generalis*.

Ciò non toglie, ad avviso della dottrina in esame, che in un'ottica puramente rimediale, possano di volta in volta essere identificate altre forme di reazione allo squilibrio contrattuale, secondo le peculiarità della fattispecie concreta[78].

4. *Autonomia privata e mercato*

L'evidenziata interrelazione tra la giustizia contrattuale e l'autonomia privata, oltre ad essere gravida di spunti ricostruttivi e di

[75] E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali,* cit., p. 223.

[76] E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali,* cit., 224, il quale richiama la distinzione, elaborata da A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto,* Milano, 1967, tra efficacia, intesa quale estrinsecazione della fattispecie legale mediante la produzione dell'effetto giuridico, ed esecuzione, quale realizzazione del programma di interessi sul piano del fatto.

[77] E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali,* cit., p. 224-225.

[78] E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali,* cit., p. 225.

implicazioni sistematiche, dischiude al tema, tanto rilevante, quanto controverso, dell'incidenza del contratto sul mercato.

Con l'istituzione dell'ordinamento eurounitario e l'affermazione del libero mercato l'interesse della dottrina giuridica si è, infatti, appuntato soprattutto sugli effetti delle situazioni di diseguaglianza negoziale – da taluni ritenute condizione indefettibile affinché possa attribuirsi giuridica rilevanza alla giustizia del contratto - sull'efficienza del mercato, e sulla capacità dell'intervento legislativo e giudiziale sullo squilibrio del programma di interessi divisato dalle parti ad assurgere a strumento indiretto di regolamentazione della concorrenza.

E' stato autorevolmente sostenuto che il contratto è giusto se è conforme al mercato, con la conseguenza che quando se ne distacca provocando una lesione, deve ritenersi sussistente un indice presuntivo dell'abuso di una situazione di debolezza[79].

Altra tesi, con approccio più prudente, ha definito il rapporto intercorrente tra efficienza del mercato e giustizia contrattuale in termini di *"peculiare dialettica"*, opinando che la prima, coincidendo con uno scopo che trascende, per la sua portata macroeconomica, la singola operazione negoziale, rappresenta un effetto solo tendenziale e non necessitato del contratto, di guisa che la giustizia non può ritenersi ad essa subordinata [80]. In tale prospettiva la logica dell'efficienza costituisce un criterio orientatore nell'individuazione delle condizioni di debolezza sul mercato[81] che evidenziano il rischio di un suo fallimento [82], ma, in caso di conflitto tra giustizia ed efficienza, devono prevalere le ragioni della giustizia[83].

[79] R. SACCO, *Giustizia contrattuale,* in *Dig. disc. priv. - sez. civ.,* Agg., 7, Torino 2012, p. 537.

[80] E. NAVARRETTA, op. ult. cit., p. 1282.

[81] E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma,* in *Riv. dir. civ.,* 2006, p. 418, distingue tra asimmetrie macroeconomiche e asimmetrie microeconomiche. Le prime si riferiscono a soggetti resi deboli dalla stessa struttura del mercato (come il consumatore e l'imprenditore vittima di abuso di dipendenza economica). Le asimmetrie macroeconomiche dipendono, invece, da fattori di debolezza a carattere contingente e riguardano il singolo contratto (rescissione, annullamento per violenza e dolo).

[82] E. NAVARRETTA, op. ult. cit., p. 1276.

[83] S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi,* in *Eur. e dir. priv.,* 2010, p. 613.

L'opinione in esame ha, inoltre, rimarcato che, se è vero che la concorrenza costituisce uno strumento di efficienza in grado di garantire una tendenziale parità di trattamento tra le imprese, è altrettanto vero che non è ravvisabile un sillogismo tra tutela del consumatore e assenza di libera concorrenza. La violazione dei divieti *antitrust* genera certamente situazioni di debolezza contrattuale, tanto che un mercato corretto contribuisce a promuovere la libera concorrenza; non di meno, non è specularmente sostenibile che un mercato concorrenziale e - *a fortiori* un mercato non colpito dai divieti dell'*antitrust* – possa ritenersi automaticamente corretto e privo di rapporti di forza che possano richiedere una verifica secondo la clausola generale della buona fede[84].

Al di là delle inevitabili divergenze che caratterizzano gli esiti della riflessione dottrinale in materia, la relazione di (almeno parziale) condizionamento intercorrente tra il funzionamento del mercato e la giustizia del contratto costituisce un dato empirico difficilmente confutabile, con la conseguenza che assume rilevanza decisiva identificare i meccanismi attraverso i quali tale interferenza si attua.

L'avvento della costituzione europea e del libero mercato hanno inciso, arricchendone la portata, sulle norme civilistiche interne - come quelle sulla proprietà privata, sul contratto e sull'autonomia privata - che contribuiscono in modo essenziale a determinare l'ordine e la struttura del mercato stesso[85].

Di qui l'esigenza, avvertita da più parti, di una riformulazione in chiave eurounitaria della stessa nozione di autonomia contrattuale, da intendersi non più limitata alla funzione di garanzia della libertà degli scambi, ma come espressione di un'effettiva libertà di scelta tra diverse alternative che solo un mercato concorrenziale può adeguatamente garantire[86].

D'altronde, la dinamica concorrenziale dimostra come l'autonomia contrattuale possa costituire essa stessa un mezzo per comprimere la

[84] E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo,* in *Riv. dir. civ.,* 2005, p. 515.

[85] C. CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica,* in *Rel. ind.,* 1983, p. 195, definisce l'autonomia privata come il riflesso soggettivo-formale dell'incontro della domanda e dell'offerta.

[86] A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, p. 2 e ss.

libertà di scelta di altri soggetti, imprenditori e consumatori, che si rivolgono al mercato[87], attraverso la conclusione di intese capaci di impedire, falsare o restringere la libera competizione tra gli operatori economici.

Per questa ragione è stato sostenuto che la tutela della libertà contrattuale nel mercato si realizza - in modo apparentemente "paradossale" – proprio attraverso il divieto di alcune manifestazioni della stessa autonomia negoziale[88].

Nella medesima prospettiva ermeneutica si è posto in risalto come la stessa garanzia costituzionale dell'iniziativa economica e dell'autonomia privata abbia assunto un diverso e più ampio contenuto precettivo alla luce del nuovo quadro ordinamentale, ritenendosi che l'interpretazione evolutiva dell'art. 41 Cost. consenta di includere nel principio di libertà di iniziativa economica il mercato quale valore irrinunciabile che ne rende effettivo l'esercizio[89]. Invero, è proprio il limite dell'utilità sociale posto dalla predetta disposizione all'iniziativa economica che contribuisce a dare un fondamento costituzionale alla tutela del mercato come strumento di allocazione ottimale delle risorse rispetto a comportamenti anticoncorrenziali capaci di tradursi in una limitazione della libertà contrattuale e nella perdita di efficienza del processo economico[90]. In definitiva, secondo la ricostruzione in esame, l'utilità sociale costituisce il limite alla libertà economica e il mercato lo strumento di massimizzazione del benessere collettivo.

Si è anche sottolineato che è sufficiente che l'intervento dell'ordinamento nell'economia si limiti ad assicurare le condizioni di funzionamento del mercato, le quali garantiscono di per sé la realizzazione degli interessi e delle finalità individuali dei singoli soggetti economici [91] e il coordinamento degli stessi verso la

[87] G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto,* in *Riv. dir. comm.,* 2000, p. 671 e ss.

[88] In questi termini A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, cit., p. 2.

[89] Così A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata,* in *Enc. del dir.,* XXI, Milano, 1971, p. 607, richiamato da A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, cit., p. 3.

[90] G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici,* in *Riv. dir. civ.,* 1994, I, p. 31.

[91] Ne consegue che la libertà contrattuale non può trovare riconoscimento e tutela ove si ponga in contrasto con la disciplina che regola il corretto funzionamento del mercato. Si veda, in tal senso, G. GORLA, *Il contratto,* I, Milano,

realizzazione di risultati socialmente utili[92].

Questa lettura della norma costituzionale postula l'adesione al principio, già accolto dal diritto eurounitario, secondo il quale la libera contrattazione non è di per sé in grado di assicurare nel gioco spontaneo delle leggi economiche il funzionamento dei meccanismi concorrenziali e di evitare le distorsioni che possono portare al fallimento del mercato.

L'evoluzione del pensiero giuridico ed economico sull'intervento dello Stato nell'economia ha condotto a soluzioni diversificate, tra le quali in tempi recenti è prevalsa la concezione che reputa consustanziale al mercato una regolamentazione giuridica che definisca i confini entro i quali possano attuarsi gli scambi.

Infatti, ha perso, ormai da tempo, consistenza la tesi del naturalismo economico, secondo la quale il mercato, quale *locus naturalis*, è governato da leggi economiche immutabili – appunto le leggi di mercato - ed, essendo antipolitico e antigiuridico, rifiuta ogni regolamentazione *ab externo* stante la mutevolezza e l'instabilità del diritto.

Per contro, ha raccolto maggiore adesione la concezione del mercato quale *locus artificialis*[93], in forza della quale l'esistenza stessa del mercato[94] dipende da una precisa scelta dell'ordinamento giuridico, che ne garantisce il corretto funzionamento contrastando comportamenti che ne possono determinare il fallimento.

In questa prospettiva la corretta misura dell'intervento legislativo nell'economia coincide con quella idonea a garantire il giusto equilibrio tra l'esigenza di promuovere la concorrenza[95] e quella di

1954, p. 214; G.FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto, Milano,* 1970, 223 e ss., entrambi richiamati da A. ALBANESE, op. ult. cit., p. 6.

[92] In questi termini A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, cit., p. 4.

[93] L'espressione è di N. IRTI, *L'ordine giuridico e il mercato,* 1998.

[94] I. M. KIRZNER, *The Driving Force of the Market,* London-New York, 2000, p. 77, afferma che la legge realizza i prerequisiti istituzionali affinché il mercato possa sorgere e funzionare.

[95] In particolare deve ritenersi corretta l'eteronormazione che concorra a realizzare le condizioni di equilibrio dinamico del mercato in grado di soddisfare i bisogni dei consociati.

contrastare le condotte predatorie capaci di falsarne il libero gioco[96]. Tale intervento si esplica sia attraverso l'introduzione di norme di natura pubblicistica, sia mediante la regolamentazione del contratto, quale istituzionalizzazione dello scambio che nel mercato trova attuazione.

La concezione disponibile a riconoscere l'attitudine del contratto ad incidere sul mercato muove dall'assunto per il quale l'interesse individuale costituisce il motivo propulsore delle azioni umane[97], ivi comprese quelle economiche, in relazione alle quali è destinato ad entrare in conflitto con altri interessi individuali di segno contrario. L'accordo rappresenta, quindi, il comune mezzo di composizione e realizzazione degli interessi individuali e nella maggior parte dei casi, si traduce in uno scambio tra un sacrificio e un'utilità che il contraente non è in grado di conseguire autonomamente. Di norma, la parte interessata a conseguire l'utilità è disposta a rinunciare, secondo un criterio di razionalità, ad uno o più beni che nel complesso, in un certo momento, gli assicurano un'utilità inferiore.

Nella prospettiva ermeneutica in esame il contratto costituisce uno strumento di ricchezza perché consente di allocare (*rectius* a riallocare) i beni *"laddove vengono apprezzati di più in quanto producono una maggiore utilità"* [98]. In questo modo il contratto diviene un mezzo di riallocazione, a parità di risorse esistenti in natura, della ricchezza complessiva esistente in un dato momento[99].

Tale approccio muove dall'assunto per il quale, di norma, prima del contratto i beni hanno un'allocazione economica non pienamente efficiente perché forniscono a chi ne ha la disponibilità un'utilità

[96] R. PARDOLESI, *Il contratto e il diritto della concorrenza,* in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, 2006, p. 159 e ss.; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto,* in *Riv. dir. comm.,* 1999, I, p. 67 e ss.

[97] G. AMADIO, F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, cit., p. 565.

[98] Così G. AMADIO, F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, cit., p. 567.

[99] G. AMADIO, F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti,* cit., p. 567, in cui si evidenzia anche come, per tale ragione, nel corso del XIX e del XX secolo l'ideologia capitalista che ispira la ricostruzione in parola sia prevalsa sui sistemi che, limitando significativamente l'autonomia negoziale - e, dunque, la capacità del contratto - di realizzare effetti efficienti sul piano allocativo, hanno impedito la piena e migliore realizzazione delle risorse.

inferiore rispetto a quella che ne trarrebbe un terzo interessato ad acquistarli. Infatti, i beni non hanno un valore in sé, ma il valore che ad essi viene attribuito dagli individui in base alle proprie preferenze, ai propri bisogni, alle disponibilità economiche, all'ambiente e ai condizionamenti culturali che subisce[100].

Inoltre, l'utilità che può trarsi da un determinato bene è funzione inversa della quantità di quel bene che si ha a disposizione. In economia si parla di utilità marginale decrescente, nel senso che tante più unità di un bene si possiedono, tanto minore sarà l'utilità che se ne ricava.[101]

La nozione di utilità marginale costituisce uno dei capisaldi della teoria economica del marginalismo[102], la quale si contrappone

[100] G. AMADIO, F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti,* cit., p. 567.

[101] G. AMADIO, F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti,* cit., p. 567.

[102] Il marginalismo è l'indirizzo teorico fondato sul principio marginalistico e, in particolare, sull'individuazione delle scelte ottime degli agenti economici attraverso il confronto tra beneficio e costo marginale relativo all'ultima unità di produzione o consumo (*Marginalismo,* in *Enc. Treccani on line*). Tale corrente di pensiero è conosciuta anche come Scuola Neoclassica ed è legata alle figure di H. MAYER, *Il concetto di equilibrio nella teoria economica,* in *Economia pura* (a cura di DEL VECCHIO), Torino, 1937, W. S. JEVONS, *Theory of Political Economy,* London 1888, L. WALRAS, *Théorie mathématique de la richesse sociale*, Lausanne, Corbaz, 1883, E. BÖHM BAWERK, *Teoria positiva del capitale,* 1889, e F. WIESER, *Theorie der gesellschaftlichen Wirtschaft,* 1914. La teoria è stata, quindi, sviluppata da V. PARETO, K. WIKSELL, M. PANTALEONI, E. BARONE e da A. PIGOU, i quali hanno esteso il principio dell'utilità marginale a situazioni di equilibrio economico generale e non solo all'equilibrio parziale dei mercati. Alla teoria marginalista è stato imputato un eccessivo individualismo e tale rilievo critico ha condotto gli economisti successivi e, in particolare, J.M. KEINES, ad elaborare teorie macroeconomiche riguardanti per lo più il funzionamento del sistema nel suo complesso, anziché i fenomeni microeconomici. È seguito con P. SRAFFA un ritorno alla valorizzazione delle condizioni tecniche di produzione ai fini della determinazione del prezzo dei beni in continuità con l'impostazione della Scuola Classica. Dopo l'elaborazione di KEINES, la tesi marginalista è tornata in auge divenendo l'impostazione dominante tra gli economisti. Alla stregua del principio marginalistico, un soggetto economico si determina a compiere una certa azione soltanto se il sacrificio economico iniziale si prospetta inferiore alla soddisfazione iniziale e persiste nell'azione fino a quando l'incremento di sacrificio supera l'incremento di soddisfazione. Anche l'imprenditore, assecondando la tendenza a massimizzare il vantaggio e a minimizzare il costo, si procura fattori

all'approccio classico e marxista, secondo cui è la quantità di lavoro che definisce il valore di un prodotto.

Secondo la teoria marginalista il valore di un prodotto riflette il grado di soddisfazione soggettiva che i singoli attribuiscono ai diversi prodotti in base a valutazioni di convenienza, così che le condizioni dello scambio vengono determinate dal valore che gli interessati assegnano al bene che ne forma oggetto e dalle caratteristiche del mercato.

In tale prospettiva, affinché il contratto produca effetti efficienti, devono ricorrere i seguenti presupposti: a) le esternalità negative, cioè gli effetti negativi in termini di benessere collettivo, generate dallo scambio non devono essere di entità tale da compensare l'incremento potenziale di benessere per la comunità di riferimento; b) ogni contraente deve essere adeguatamente informato e consapevole, in modo tale da potersi determinare a compiere l'operazione economica valutando gli effettivi vantaggi e svantaggi derivanti dallo scambio; c) ogni contraente deve essere posto nelle condizioni di cercare nel mercato le condizioni migliori - e, cioè, più vantaggiose - per concludere lo scambio; d) nel corso del rapporto le parti devono cooperare in modo corretto e diligente e non approfittare delle circostanze per assicurarsi una maggiore utilità ai danni della controparte[103].

Poiché la mancanza di una soltanto di tali condizioni dà luogo all'inefficienza del contratto, l'ordinamento si fa carico di garantirne la sussistenza[104].

Infatti, nel caso in cui il contratto produca effetti *contra legem,* la

produttivi fino al punto in cui l'aspettativa del ricavo dovuto all'incremento dell'impiego dei singoli fattori (produttività marginale) eguaglia il prezzo che deve corrispondere per conseguirli e spinge la produzione fino al punto in cui l'incremento del sacrificio (costo marginale) è uguale al ricavo marginale (il quale in regime di concorrenza perfetta coincide con il prezzo). Il consumatore ha, invece, interesse e convenienza ad accrescere la richiesta fino al punto in cui l'incremento di soddisfazione che ricava da una nuova quantità del bene (utilità marginale) eguaglia l'incremento del sacrificio (spesa marginale).

[103] In questi termini G. AMADIO, F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti,* Bologna, cit., p. 574.

[104] F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata,* Torino, 2012, p. 20 e ss.

legge ne decreta la nullità. Inoltre, l'ordinamento garantisce l'informazione delle parti sul presupposto che il contraente non informato giunge, di norma, a scelte contrattuali non utili (assumono a tal fine rilevanza non solo le norme sull'annullabilità del contratto per errore, violenza, dolo e incapacità, ma anche la disciplina consumeristica, della subfornitura, dell'affiliazione commerciale).

In ultimo, l'ordinamento giuridico assume il compito di assicurare le condizioni giuridiche per l'attuazione della concorrenza perché solo in un mercato concorrenziale il compratore può contare su possibilità di scelta alternative e, quindi, assumere la decisione per lui più efficiente, condizione, questa, tendenzialmente esclusa dal regime di monopolio o di oligopolio, in cui è verosimile che il contraente "forte" organizzi il mercato in modo tale da produrre e vendere la quantità e la qualità che realizzano il suo massimo profitto.

Alla stregua il modello ermeneutico al quale si è appena fatto richiamo, la libertà negoziale, assicurata dall'intervento del legislatore, costituisce la condizione per l'instaurazione e il fisiologico funzionamento del mercato concorrenziale e la concorrenza rappresenta una delle condizioni di efficienza allocativa del contratto. Il mercato descrive una sorta di processo circolare costituendo al contempo la misura e il risultato del legittimo esercizio dell'autonomia negoziale [105] . Esso non si sostituisce all'autonomia dei singoli contraenti, ma, attraverso di essa, determina il contenuto dello scambio, mentre l'intervento pubblico ne regola (soltanto) il funzionamento correggendone imperfezioni e inefficienze[106].

In tale ottica la giustizia del prezzo e, più in generale, del regolamento contrattuale non costituisce un dato prestabilito, ma il risultato dell'accordo liberamente raggiunto dalle parti ove ne sia garantita la corretta formazione nel rispetto delle regole del gioco e in

[105] G. GUIZZI, *Congruità dello scambio e contratti di credito,* p. 439; M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo,* a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 324, afferma, invece, che il mercato, oltre che metro dello squilibrio contrattuale ne costituisce anche lo strumento di correzione.

[106] L. MENGONI, *Autonomia contrattuale e costituzione,* cit., 3, richiamato da A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, cit., 49, note n. 138 e 139.

assenza di abusi[107]. Di conseguenza, il giudice non deve limitarsi ad un controllo funzionale del regolamento contrattuale, dovendo, bensì, reprimere gli effetti di comportamenti negoziali scorretti o abusivi che impediscano ad uno dei contraenti di beneficiare del mercato quale strumento di equità[108].

5. *La disparità contrattuale e l'abuso della libertà negoziale*

Si è già ricordato come la complessa ricerca del fondamento e dell'estensione dell'intervento giudiziale sullo statuto negoziale sia giunta ad esiti non del tutto concordanti e come una parte della dottrina consideri l'idea di un controllo generalizzato e incondizionato – variamente giustificato ricorrendo alla figura dell'abuso del potere negoziale, alla buona fede ovvero all'immediata efficacia precettiva delle disposizioni costituzionali inerenti alla materia negoziale e dello stesso dovere di solidarietà sociale - dissonante con le indicazioni provenienti dal legislatore nazionale e comunitario, le quali, sembrano convergere nel senso della limitazione del controllo contenutistico del contratto alla sola ipotesi di asimmetrie di potere negoziale[109].

Alle opinioni disponibili ad ammettere un controllo siffatto la tesi restrittiva obietta, innanzitutto, che né all'abuso del diritto, né alla violazione di sovraordinati principi costituzionali può conseguire un esito invalidante del contratto.

Inoltre, un approccio "puramente materiale"[110] che pretendesse di associare al generico abuso del potere contrattuale un effetto invalidante, comporterebbe una lettura abrogante della disciplina dei vizi del consenso[111], dal momento che, a fronte dell'art. 1440 c.c., che conserva il contratto affetto da dolo incidente, dovrebbe sostenersi che il contratto inciso dall'abuso del potere di autonomia privata è invalido.

[107] Secondo N. IRTI, *L'autonomia privata e i suoi limiti,* in *Giur. it.,* 1991, I, 231, *"La giustizia del prezzo è nella legalità della sua formazione".*

[108] Così A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, cit., p. 50.

[109] In questi termini E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* cit., p. 1271.

[110] E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* cit., p. 1267.

[111] Così E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* cit., p. 1273.

Il riconoscimento di una generalizzata attitudine invalidante dell'abuso negoziale finirebbe, altresì, per sopprimere le differenziazioni fra le diverse ipotesi di asimmetria tracciate dalla disciplina di derivazione europea.

Occorre partire dal presupposto – chiarisce l'impostazione in esame – che la disciplina di matrice comunitaria che per prima ha inciso sul tessuto codicistico, pervaso dalle istanze della tradizione liberale, è stata la normativa sui contratti dei consumatori, la quale, preso atto dell'attitudine del contratto a produrre esternalità negative, ha perseguito l'obiettivo della regolamentazione del mercato introducendo uno strumento per correggerne l'asimmetria[112].

Tale normativa costituisce una chiara espressione dell'ideologia ordo-liberista che ispira l'ordinamento eurounitario, per la quale la correzione delle debolezze contrattuali ha come unica finalità quella di eliminare le inefficienze del mercato che da esse derivano, avuto riguardo all'attitudine del contratto ad incidere sul funzionamento del mercato stesso.

E' appena il caso di ricordare che, secondo la concezione ordoliberista – la quale rappresenta una variante del neolibersimo di cui condivide l'idea della libertà economica individuale contro ogni dirigismo pubblico e dell'economia di mercato fondata sul meccanismo dei prezzi - il libero mercato non è in grado *ex se* di garantire il libero gioco della concorrenza, né l'equità sociale e la pari opportunità. È per tale ragione che lo Stato deve farsi carico della predisposizione di un sistema di regole attraverso le quali l'economia di mercato possa funzionare, tutelando la proprietà privata, stabilizzando la moneta e assicurando un livello minimo e universale di protezione sociale. In definitiva nella logica ordoliberista la disparità contrattuale, che, dunque, costituisce il presupposto dell'intervento dello Stato nell'economia, non rileva in sé, ma in quanto determini inefficienze del mercato.

Ad avviso della dottrina in esame, sulla scorta di tale premessa, è possibile *"ampliare, estendere e generalizzare le indicazioni del legislatore"*[113], potendo, ad esempio, l'abuso di dipendenza economica, avverso il

[112] E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* cit., p. 1275.

[113] Così E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* cit. p. 1276.

quale offre rimedio la disciplina ex l. n. 192 del 1998, assurgere a paradigma di debolezza contrattuale dipendente dall'assenza di alternative sul mercato estensibile a soggetti diversi dall'imprenditore, e, quindi, anche al consumatore, e a situazioni diverse dalla preesistenza di un rapporto di subfornitura o, comunque, di un rapporto contrattuale, quali la presenza di prassi contrattuali scorrette o la stipulazione di accordi "a valle" di intese in contrasto con la disciplina della concorrenza. Allo stesso modo la tutela per la mancanza di potere di negoziazione associata alla predisposizione di condizioni generali di contratto può essere riconosciuta anche alle imprese[114].

In linea con tale impostazione, la giurisprudenza di legittimità ha ammesso l'applicabilità della disciplina sull'abuso di dipendenza economica ex art. 9 della l. 198 del 1992 oltre l'ipotesi della subfornitura, evidenziando che l'abuso di dipendenza economica *"configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della L. n. 192 del 1998. Poiché l'abuso in questione si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di "rapporti commerciali", esso presuppone che tali rapporti siano regolati da un contratto, tant'è che il comma terzo dell'art. 9 cit. statuisce la nullità del "patto che realizza l'abuso" di dipendenza economica"*[115] e che *"l'abuso di dipendenza economica di cui alla L. n. 192 cit., art. 9 può quindi venire in considerazione in un ambito più ampio di quello formato dalle parti del singolo contratto, per estendersi al rapporto commerciale più complesso in cui esso si inserisca, qualora proprio tramite un tale rapporto si realizzi l'abuso"*[116].

In definitiva, la ricostruzione in esame opta per un modello misto di giustizia contrattuale nel quale il presupposto indefettibile per un

[114] E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* cit., p. 1276-1277.

[115] Cass., Sez. Un., n. 24906/2011.

[116] Cass., Sez. III, n. 16787/2014.

controllo sull'equilibrio del contratto è costituito dalla presenza di un'alterazione connessa con il procedimento e, quindi, dell'abuso di una situazione di potere. Tale soluzione riposa sull'assunto per il quale nel nostro sistema ordinamentale, accanto al modello ordoliberista, convivono quello della tradizione liberista, in forza del quale il contratto deve essere mantenuto entro i binari dell'uguaglianza formale ove non necessiti di un motivato intervento sul piano dell'uguaglianza sostanziale, e il modello liberal-egualitarista che persegue esclusivamente un fine di giustizia genericamente applicabile ad ogni soggetto operante sul mercato[117]. Tali direttrici esegetiche – osserva l'opinione in esame - devono essere adeguatamente coordinate in vista del perseguimento della giustizia commutativa. È, quindi, essenziale che l'interprete compia uno sforzo ricostruttivo al fine di riportare a sistema i frammenti dei predetti modelli delineati dal legislatore nazionale ed europeo e per coordinarli per meglio recepire e soddisfare le concrete esigenze di giustizia emergenti dalla realtà.

6. *Giustizia contrattuale e buona fede*

L'approccio procedurale alla giustizia contrattuale è stato sottoposto a critica da un'altra parte della dottrina, la quale ha evidenziato come la garanzia delle condizioni per la libera formazione del consenso non sia sufficiente ad assicurare la giustizia contrattuale giacché, specie nei rapporti di durata, anche l'esecuzione del contratto – e non solo, quindi, la sua conclusione - offre occasioni di approfittamento che si traducono in uno squilibrio tra le prerogative delle parti[118]. Non è, in altre parole, sufficiente reagire alle alterazioni del procedimento di formazione della volontà negoziale, potendo rendersi necessario un intervento giudiziale che adegui *ex post* tanto il contenuto del contratto, quanto il successivo rapporto.

La rivisitazione del contratto è volta a correggere, ad attenuare e ad integrare le conseguenze derivanti da condotte scorrette - anche se poste in essere nella fase esecutiva del rapporto - mediante

[117] Si tratta del modello di giustizia contrattuale riflesso nella clausola *unfair exploitation,* propria del sistema giuridico francese.

[118] F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale"*, cit., p. 233 e ss.

l'instaurazione o la restaurazione dell'equilibrio contrattuale.

Il parametro di tale controllo viene identificato nella buona fede in funzione valutativa che, rispetto alla giustizia del contratto, si pone in relazione di mezzo a fine.

Viene, quindi, attribuito al giudice un potere di valutazione che permetta di correggere l'attuazione del programma negoziale laddove si verifichi uno squilibrio in grado di svuotare il regolamento di interessi divisato dalle parti e che si estrinseca attraverso i rimedi dell'*exceptio doli generalis*, della nullità parziale e del risarcimento del danno[119].

Tale impostazione si pone in linea con l'approccio antiformalistico della teoria della "materializzazione" di ispirazione tedesca[120], la quale valorizza, appunto, gli interessi materiali sottesi all'accordo contrattuale[121] al fine di assicurare una libertà di decisione delle parti reale ed effettiva, sul presupposto che la giustizia consista nell'allineamento all'*"etica materiale ispirata a responsabilità sociale"*[122] e implichi il superamento del principio *volenti non fit iniuria.* Detto principio che, secondo la tradizione, vale neutralizzare ogni sproporzione tra beni e valori scambiati tra i contraenti, contrasta con l'esigenza che il contratto rappresenti la piena soddisfazione dell'interesse materiale dei contraenti.

Anche la teoria della materializzazione riconosce un ruolo essenziale alla buona fede, non tanto in funzione integrativa, ma valutativa, secondo una riformulazione che la ancora al rimedio[123]. Essa rappresenta lo strumento attraverso il quale trovano attuazione gli interessi materiali delle parti, resi manifesti da elementi riguardanti la fase esecutiva del contratto che *"per definizione si sottraggono alle regole*

[119] F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale"*, cit., *passim*, spec. § 8.

[120] E in particolare da C.W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner «Materialisierung»*, in *Arch. civ. pr.*, 2000, p. 276 ss.

[121] A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura,* cit., p. 797 e ss.

[122] L'espressione è tratta da F. WIEACKER.

[123] A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazione e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura,* cit., p. 807-810, richiamato da F. PIRAINO, op. ult. cit., § 7.

di fattispecie e a quelle di procedura"[124] e, al contempo, il mezzo per rimediare ad un contratto (o a singole clausole) inficiato da iniquità o ingiustizia, un *"vero e proprio fenomeno di monitoraggio del contratto attraverso la buona fede e correttezza"* che trascende le *"consuete tecniche di integrazione del contratto, che richiamano appunto norme di legge, gli usi e l'equità"* per assurgere ad una dimensione rimediale che *"si sovrappone all'obbligazione contrattuale orientandone e/o correggendone gli effetti"*[125].

7. *La rilevanza dello squilibrio economico del contratto*

Lo squilibrio economico tra le prestazioni è la manifestazione dell'ingiustizia del contratto che ha incontrato maggiori resistenze tra gli interpreti, venendo l'incongruità del valore monetario delle attribuzioni normalmente confinata nell'area, giuridicamente irrilevante, delle valutazioni di convenienza e di opportunità riservate a ciascun contraente[126].

Non di meno, a fronte dell'orientamento che in nome del principio di intangibilità dell'autonomia privata intravede nella tutela dell'equilibrio economico tra le attribuzioni una minaccia all'essenza stessa dell'istituto contrattuale[127], vi è chi[128], invece, ritiene di poter

[124] Così A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazione e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura,* cit., 810.

[125] A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazione e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura,* cit., § 3.

[126] E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale,* cit., spec. 1271.

[127] A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, cit., 753 ss.; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, cit. 230 ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, cit. 313 ss.; A. D'ANGELO, *Il contratto in generale*, IV, *La buona fede*, cit., 255 ss.; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, cit. 421; ID., *Sull'*aequitas *delle prestazioni contrattuali*, cit., 419, secondo il quale *"Se non intervengono fonti di integrazione del contratto, limitatrici dell'autonomia contrattuale, come la determinazione autoritativa del prezzo o delle tariffe da parte dell'autorità pubblica, o come la determinazione del corrispettivo secondo criteri di legge* (...) *l'autonomia contrattuale è, in linea di principio, insindacabile e incensurabile"*. In giurisprudenza, in questo senso si veda, *ex aliis,* Cass., 26 marzo 1996, n. 2635, secondo la quale *"l'ordinamento italiano non conosce un principio di necessaria equivalenza delle prestazioni; l'eventuale squilibrio economico di queste, quando non rientra in altre figure portanti all'invalidità del contratto (come la rescissione), non ne inficia la validità*".

[128] P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 341; P. PERLINGIERI, *"Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale,* in

desumere dal sistema un principio generale di proporzionalità che governa anche l'equilibrio economico dell'assetto sinallagmatico, da apprezzarsi in base al parametro del prezzo di mercato [129]. Tale principio trova conferma in una serie di indici normativi, come l'espresso riferimento alla sproporzione tra le prestazioni contrattuali contenuto nell'art. 1448 c.c. relativo all'azione generale di rescissione per lesione[130]; la precisazione contenuta nell'art. 34, comma 2, cod. cons. (secondo il quale la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non attiene all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, quando questi elementi sono individuati in maniera chiara e comprensibile); il riferimento alla retribuzione proporzionata alla qualità e alla quantità del lavoro di cui all'art. 36 Cost.; il divieto di imposizione diretta o indiretta di prezzi di acquisto o di vendita o altre condizioni contrattuali "ingiustificatamente gravose" di cui all'art. 3, comma 1, della legge *antitrust* e all'art. 102, comma 1, lett. a) del TFUE; il richiamo ai principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni presente nell'art. 62, comma 1, del d.l. n. 1 del 2012, relativo ai contratti della filiera agro-alimentare; l'eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi al quale fa riferimento l'art. 9 del d.lgs. n. 192/1998; l'accordo "gravemente iniquo" di cui all'art. 7 del d.lgs, n. 231/2002.

Non di meno, secondo la tesi in esame, ai fini dell'individuazione

Rass. dir. civ., 2017, p. 204 e ss.; N. LIPARI, *Intorno alla giustizia del contratto*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, p. 235 e ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli 2004, p. 88 ss., 184 ss.; M. PENNASILICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1252 ss.; F. GALGANO, *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali,* in *Contratto e impr.,* 1993, p. 419 e ss.; Id., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte, ivi,* 1997, p. 421 e ss.; ROLLI, *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, in *Contratto e impr.,* 2001, p. 621.

[129] Sulla cui nozione e determinazione si veda, per tutti, M. GIUSTI, *Verificazioni pubbliche modificative del processo di formazione dei prezzi privati,* in E. BANI (a cura di), *Il "giusto" prezzo tra Stato e mercato (Liber Amicorum per Mauro Giusti),* Torino, 2009, p. 3 e ss.

[130] La portata sistematica della disciplina della rescissione è stata, inoltre, valorizzata da G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto,* cit., p. 114; M. PROSPERETTI, *Mercato e rescissione,* in *Riv. dir. comm.,* 1999, p. 679 e ss.; G. MARINI, *Rescissione,* in *Enc. del dir.,* XXXIX, Milano, 1988; G. SALVI, *Contributo allo studio della rescissione,* Napoli, 2009, p. 263 e ss.

del regime giuridico del contratto economicamente squilibrato, le disposizioni della legislazione speciale appena richiamate non possono fornire utili indicazioni sistematiche in quanto di portata settoriale e limitata ai soli imprenditori. Tanto meno possono essere prese in considerazione norme codicistiche, come l'art. 1384 c.c., il quale attiene ad uno squilibrio sopravvenuto del contratto, o l'art. 1815 c.c. che ha una modesta portata sistematica in quanto prevede un intervento giudiziale che trova giustificazione nella natura pubblicistica dell'interesse leso.

Viene, infine, sottolineata la modesta rilevanza delle indicazioni ricavabili dal diritto contrattuale europeo e, in particolare dall'art. 4:109 dei PECL (*Principle of European Contract Law*) e dai principi del commercio internazionale (art. 3.10, comma 1, lett. a), *Unidroit Principles*), anche in considerazione della portata di fonte di *soft law* di tali testi normativi.

Il fondamento del principio di proporzionalità va, invece, individuato, ad avviso della dottrina in parola, nell'istituto della rescissione ex art. 1448 c.c., espressamente previsto a tutela dell'equilibrio tra le prestazioni[131].

Tale approccio ermeneutico è stato, tuttavia, ritenuto infruttuoso da altra dottrina[132], la quale ha posto in risalto il limite quantitativo fissato dalla norma suddetta (il secondo comma dell'art. 1448 c.c. dispone, invero, che *"l'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto"*) che vale a ridimensionarne l'applicabilità, rendendo la rescissione un rimedio isolato e di scarsa applicazione pratica, laddove soltanto l'introduzione, *de iure condendo,* di un rimedio generale come quello fondato sulla *unfair exploitation,* accolta nel sistema francese, potrebbe consentire un controllo generalizzato sullo squilibrio del contratto.

Non di meno, la dottrina in esame ritiene che l'istituto della rescissione offra significative indicazioni sistematiche a supporto della tesi della configurabilità nel sistema di una generalizzata verifica sull'equilibrio economico del contratto. Dalla previsione della lesione

131 Cass., n. 16042/2016.

132 E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma,* cit., p. 423.

ultra dimidium si trae, innanzitutto, una precisa indicazione sul rapporto tra intangibilità del contratto e principio di proporzionalità: se non vi sono alterazioni della *"regolarità formale del gioco contrattuale"*[133], in quanto il consenso non è viziato da errore, violenza o dolo, incapacità o violazione degli obblighi di informazione, ovvero non ricorra un'ipotesi di usura ex art. 644, comma 2, c.p., la sproporzione entro la metà del valore di mercato della prestazione non assume rilevanza giuridica[134]. Ciò significa che all'interno del suddetto limite quantitativo trova piena applicazione il principio dell'intangibilità del contratto desumibile dagli artt. 1322 e 1372 c.c., con l'ulteriore conseguenza che, entro il medesimo margine, non è consentito un controllo sullo squilibrio negoziale neanche alla stregua dei criteri della meritevolezza o secondo buona fede[135].

Per contro, laddove il limite della sproporzione *ultra dimidium* sia superato e ricorra il requisito soggettivo dell'approfittamento dello stato di bisogno, l'ottica del legislatore muta, perché viene meno l'impermeabilità del contratto e assume rilevanza lo squilibrio economico ai fini della caducazione del contratto.

Considerato che la nozione di approfittamento dello stato di bisogno è aperta e può essere ricondotta nell'area dell'abuso di potere contrattuale – prosegue la dottrina in esame - è data al giudice la possibilità di integrare tale fattispecie aperta con elementi ritraibili dalla regolamentazione dell'abuso contenuta nel diritto del mercato e della concorrenza[136]. Come nell'ambito del mercato la proposta di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, anche con riferimento al rapporto di valore, costituisce, alla luce dell'art. 3,

[133] C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo,* in V. ROPPO*, Trattato del contratto, II, Regolamento,* a cura di G. VETTORI, Milano, 2006, p. 144.

[134] Così P. CORRIAS, op. ult. cit., p. 365-366.

[135] P. CORRIAS, op. ult. cit., 366, spec. nota 83, in cui richiama i contributi di E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale,* cit., p. 431 e di C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo,* cit., p. 143 e ss. L'impostazione in parola non condivide, infatti, i tentativi di parte della dottrina di introdurre valutazioni sull'equilibrio originario tra le prestazioni sul presupposto della nozione della causa concreta, ovvero alla stregua della clausola di buona fede, mentre assume che rimanga spazio per una verifica, alla stregua dei parametri predetti, sull'equilibrio normativo del contratto, ossia determinato da cause diverse dalla sperequazione tra le prestazioni.

[136] Così P. CORRIAS, op. ult. cit., p. 367.

commi 1 e 2, della legge 287 del 1990, indice di un esercizio distorto e abusivo del potere contrattuale, così la sproporzione economica in cui si concreta la lesione *ultra dimidium* fonda una presunzione di abuso di posizione contrattuale, così spostando sulla parte che si avvantaggia del contratto sproporzionato l'onere di dimostrare l'assenza della debolezza contrattuale mediante la prova della negoziazione.

In definitiva, secondo la ricostruzione in esame, la disciplina dell'abuso di posizione dominante offre suggerimenti ermeneutici per una lettura evolutiva dell'istituto della rescissione e, più in generale, per individuare la portata e i limiti del principio di proporzionalità tra le prestazioni.

8. *I rimedi. La nullità parziale*

L'individuazione del rimedio attraverso il quale reagire allo squilibrio contrattuale costituisce indubbiamente il momento più critico della riflessione sul tema della giustizia contrattuale.

Tra gli interventi giudiziali ritenuti idonei a ristabilire l'equilibrio del contratto ipotizzati in dottrina e in giurisprudenza vanno annoverate, oltre alla tutela in funzione di adeguamento – di cui è espressione emblematica il potere di riduzione della penale manifestamente eccessiva –, anche le nullità conservative o protettive.

La nullità parziale di derivazione europea è, infatti, caratterizzata da una spiccata attitudine alla conformazione del contratto, assolvendo ad una funzione non soltanto demolitoria, al pari della nullità tradizionale, ma anche di *"integrale ricomposizione in senso giustizialista del regolamento contrattuale mediante interventi integrativi, correttivi e/o sostitutivi operati dalla stessa norma o da essa delegati ad altri organi (amministrativi o giudiziali) a ciò appositamente preposti. Il tutto in diretto e immediato rapporto – tipico del resto delle strategie rimediali – di congruenza e di corrispondenza con la specificità e storicità dell'assetto di interessi perseguito, dimensione questa invece totalmente sconosciuta alle tradizionali invalidità di segno, per intenderci, codicistico"*[137]. Per tale ragione è considerata particolarmente idonea al

[137] V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo,* Milano, 2011, p. 286.

conseguimento di obiettivi di giustizia contrattuale[138].

L'efficacia correttiva della nullità parziale si esplica o mediante la sola caducazione della clausola iniqua, ovvero, laddove tale portata demolitoria non tuteli a pieno gli interessi della parte lesa dallo squilibrio, attraverso l'integrazione della lacuna che si determina per effetto della caducazione, con la disciplina dispositiva abusivamente derogata[139].

La dottrina è divisa tra chi ritiene configurabile un potere correttivo del giudice in funzione conservativa, consistente nella riscrittura della clausola dichiarata nulla [140], e chi, al contrario, dubita della compatibilità di tale intervento con il sistema, avuto riguardo all'esigenza di certezza giuridica e al pericolo di derive soggettivistiche legato alla discrezionalità insita in tale prerogativa giudiziale[141].

E' stato, infatti, notato [142] come una conferma di tali obiezioni provenga dalla stessa legislazione, laddove l'art. 7, comma 3, del d.lgs. n. 231 del 2002, in materia di ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali - che nella versione originaria attribuiva al giudice, nel caso in cui la clausola sul termine di pagamento o sulle conseguenze del pagamento tardivo fosse da considerarsi nulla per grave iniquità, il potere di dichiarare la nullità del contratto e *"avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale e alle altre circostanze di cui al comma 1 (ossia natura della merce e dei servizi oggetto del contratto, condizione dei contraenti e ai rapporti commerciali tra i medesimi), applica[re] i termini legali ovvero ricondu[rre] ad equità il contenuto dell'accordo medesimo"* – è stato riformulato dal d.lgs. n. 192 del 2012, in attuazione della dir. 2011/7/UE, nel senso che *"le clausole relative al termine di pagamento, al*

[138] Valorizza tale attitudine F. PIRAINO, op. cit., § 4, richiamando V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia nella prospettiva europea dei contratti,* in *Europa e dir. priv.,* 2002, p. 500; A. GENTILI, *Nullità, annullabilità e inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo),* in *I contratti,* 2003, p. 205; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto,* Padova, 2008.

[139] P. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice,* cit., p. 354.

[140] F. MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in G. GITTI-G. VILLA (a cura di), Il terzo contratto, Bologna 2008, p. 208 ss.

[141] G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso e integrazione del contratto* (Saggi), Torino 2013, p. 236 ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale*, cit., p. 277 ss.

[142] P. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice,* cit., p. 354-355, spec. nota 38.

saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno al creditore. Si applicano gli artt. 1339 e 1419, comma 2, del codice civile". Nella riscrittura della norma è stato intravisto il segnale di un ripensamento circa l'opportunità di attribuire al giudice un potere conformativo del contratto.

Alle perplessità sulla giustificazione normativa di un così ampio potere giudiziale correlato alla declaratoria di nullità delle clausole all'origine dello squilibrio contrattuale si aggiunge la constatazione dell'ulteriore limite rappresentato dall'assenza di una disposizione che commini in via generale la nullità parziale della clausola espressione di abuso contrattuale e della difficoltà ad ammettere un'estensione analogica delle norme, di matrice eurounitaria, che prevedono specifiche ipotesi di nullità in determinate fattispecie contrattuali caratterizzate dal disparità dei contraenti (contratti del consumatore, subfornitura, ecc.) .

La stessa rescissione – si è notato - risulta inserita in un assetto normativo tipizzante ed eccezionale e per questo non si presta ad essere applicata estensivamente a fattispecie connotate da disuguaglianze diverse da quella specificamente delineata dall'art. 1448 c.c.[143]

Di fronte a tali ostacoli sistematici la dottrina ha ricercato il fondamento di una tutela avverso l'abuso dell'autonomia privata ora all'interno della disciplina codicistica della nullità del contratto, ora nel sistema delle nullità di protezione delineato dalla normativa di origine comunitaria.

Una prima ipotesi ricostruttiva, muovendo dalla nozione funzionale di causa, ha ritenuto di rinvenire la tutela della giustizia contrattuale nella nullità del contratto per difetto di causa, laddove attraverso la declaratoria di nullità per mancato funzionamento del contratto si tutela il contraente danneggiato dalla falsità o dalla irrealizzabilità del programma negoziale[144].

A tale impostazione è stato obiettato che la nullità del contratto per

[143] E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto. Prospettive di riforma,* in *Riv. dir. civ.,* 2006, p. 423-425.

[144] V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti, in Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Torino 2002, p. 207.

difetto di causa travolgerebbe gli acquisti dei terzi, così rallentando i traffici, laddove il rimedio più consono andrebbe individuato nella risoluzione e nella ripetizione dell'indebito[145].

Altra tesi ritiene che il rimedio avverso lo squilibrio contrattuale possa essere rinvenuto nelle norme che disciplinano l'asimmetria di potere contrattuale[146]. Nei contratti dei consumatori è configurabile uno squilibrio normativo quando la clausola attribuisce un ingiustificato potere giuridico ad un contraente rispetto ad un altro. Nel contratto iniquo si è al cospetto di un contenuto contrattuale in sé non illecito, ma squilibrato, ossia non coerente con i risultati ai quali avrebbe dovuto condurre una contrattazione conforme a buona fede. Ebbene, tanto nell'uno, quanto nell'altro caso – osserva l'opinione in esame – si è in presenza di una disfunzione che genera un'asimmetria contrattuale, la quale è più simile a quella che abilita al rimedio rescissorio, che a quella che genera l'invalidità negoziale.

Ne deriva che al modello dell'inefficacia (delle clausole abusive) ricavabile dalla disciplina dei contratti dei consumatori – caratterizzata dalla legittimazione relativa, dalla rilevabilità d'ufficio, dall'inefficacia parziale necessaria, dalla natura costitutiva della pronuncia giudiziale e dal carattere retroattivo della declaratoria, dall'irrinunciabilità dell'azione, dall'insanabilità del vizio e dalla prescrizione ordinaria dell'azione e dell'eccezione – può farsi riferimento anche nella ricostruzione della disciplina dei contratti squilibrati ai danni degli imprenditori e, in particolare, dei contratti c.d. "a valle" di condotte in contrasto con la disciplina *antitrust*.

9. *La correzione del contratto ingiusto nella prospettiva del principio di effettività della tutela giurisdizionale*

Altri studiosi hanno, invece, ipotizzato un generale potere giudiziale di correzione del regolamento di interessi inficiato dall'abuso del

[145] G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, 374- 375: M. GIORGIANNI, voce *Causa* (*dir. priv.*), in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, p. 564 e ss., entrambi richiamati da E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto. Prospettive di riforma,* cit., p. 426.

[146] E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo,* in *Riv. dir. civ.,* 2005, p. 523.

potere contrattuale[147].

In tale indirizzo si inscrive l'approccio ermeneutico che ancora il potere giudiziale di revisione del contratto alla previsione dell'art. 1450 c.c., il quale attribuisce al contraente avvantaggiato dallo squilibrio rescindibile la facoltà di ripristino della proporzione tra le prestazioni attraverso la *reductio ad aequitatem*[148].

A tale impostazione è stato, tuttavia, obiettato che contrasta con l'esigenza di certezza del diritto la configurazione di un generale potere di revisione dell'assetto sinallagmatico che risulti squilibrato, in mancanza di un espresso fondamento positivo e in presenza di una disposizione, come, appunto, l'art. 1450 c.c., che, al contrario, riconosce al solo contraente avvantaggiato dalla disparità contrattuale un potere di adeguamento dell'assetto di interessi programmato[149].

Secondo un'altra ipotesi ricostruttiva, la sussistenza di un'azione generale di adeguamento *"a metà strada tra le tecniche conservative del contratto e quelle restitutorie"*[150] può essere ricavata dalla considerazione sistematica dei diversi rimedi manutentivi previsti dal codice civile in funzione di riequilibrio del sinallagma, come l'azione di riduzione della controprestazione per impossibilità sopravvenuta parziale ex art. 1464 c.c., l'azione di riduzione del corrispettivo per vizi o difformità della cosa venduta o appaltata ai sensi degli artt. 1492 c.c. e 1668 c.c., l'azione di revisione del contratto in caso di sopravvenuta onerosità o difficoltà dell'esecuzione del contratto di appalto ai sensi dell'art. 1664 c.c., la riduzione della penale manifestamente eccessiva ai sensi dell'art. 1384 c.c., la riduzione della prestazione assicurativa e del premio in base al valore reale del bene assicurato per somma eccedente il valore delle cose ai sensi dell'art. 1909, comma 2, c.c.

Il predetto percorso interpretativo è stato, tuttavia, sottoposto a critica da altra dottrina, la quale ha sottolineato come i rimedi ai quali

[147] G. SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti,* Napoli, 2009, p. 327 e ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato,* cit., 184 e ss., entrambi richiamati da P. CORRIAS, op. cit., p. 371.

[148] G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto,* cit., p. 121.

[149] Così P. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice,* cit., p. 371-372.

[150] In questi termini A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Commentario del codice civile. Risoluzione per inadempimento,* I, 1, Artt. 1453-1454, Bologna, 1990, p. 10.

si è fatto richiamo costituiscano forme di reazione alla sproporzione sopravvenuta, laddove l'ingiustizia del contratto postula uno squilibrio originario dell'assetto sinallagmatico [151]. La stessa opinione ha suggerito di verificare la configurabilità di un rimedio atipico capace di attuare efficacemente l'interesse del contraente leso dallo squilibrio contrattuale, valorizzando le potenzialità applicative del principio di effettività della tutela giurisdizionale di matrice sovranazionale e le indicazioni ermeneutiche offerte dalla teoria dell'atipicità dell'azione.

Tale ultima concezione, elaborata dalla dottrina processualcivilistica[152], si fonda sull'assunto per il quale è sufficiente che il diritto civile preveda una determinata situazione giuridica soggettiva affinché il relativo titolare possa agire in giudizio per la sua tutela, senza la necessità di un'apposita norma sostanziale o processuale che autorizzi l'azione. Infatti, il diritto sostanziale preesiste e si distingue dalla tutela giurisdizionale, la quale appartiene al diritto pubblico e ne costituisce lo strumento di attuazione. Pertanto, sussistono tante azioni quanti sono i diritti riconosciuti dall'ordinamento e *"ogni modo di attuazione della legge e ogni mezzo esecutivo che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto deve ritenersi ammissibile"*[153].

Sviluppando le indicazioni offerte da tale ricostruzione, altra parte della dottrina ha affermato che l'art. 24 Cost., essendo formulato alla stregua di una norma in bianco che riconosce il diritto fondamentale di agire in giudizio ai titolari dei diritti e degli interessi legittimi previsti da qualsiasi norma del sistema ordinamentale, anche se nulla disponga sulla tutela processuale, ha costituzionalizzato il principio di atipicità del diritto di azione, consacrando, altresì, i

[151] P. CORRIAS, op. ult. cit., p. 372.

[152] L'Autore che con maggiore originalità ha teorizzato il principio di atipicità dell'azione è stato G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, Napoli, 1923. Tra i contributi più recenti sul tema si vedano A. PROTO PISANI, *Introduzione sull'atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it*., 2012, V, p. 1 e ss.; I. Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, p. 387 e ss.

[153] In questi termini si è espressa I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., p. 393, richiamando G. CHIOVENDA.

principi di strumentalità[154] e di effettività della tutela giurisdizionale che ne costituiscono il fondamento[155].

Si è, inoltre, evidenziato come, con l'avvento dell'ordinamento eurounitario, il principio di effettività della tutela giurisdizionale abbia assunto una portata sempre più pregnante, tanto che, dalla lettura combinata degli artt. 24 Cost., 111, comma 1, Cost. come riformato dalla l. cost. n. 2 del 1999, 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 13 della Convenzione europea sui diritti umani e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è possibile trarre un comune riconoscimento del diritto dei consociati di ottenere il rimedio più appropriato alla soddisfazione del bisogno qualificato di tutela sotteso al diritto o all'interesse di cui sono titolari[156].

Accanto all'impostazione appena ricordata, si registra un approccio interpretativo più cauto, che intravede nella tipizzazione di alcuni rimedi un limite insuperabile alla costruzione teorica dell'atipicità della tutela giurisdizionale. Se, infatti, è vero che il principio di strumentalità del processo e di atipicità della tutela autorizzano il giudice a integrare in via interpretativa l'assetto dei rimedi che si mostri lacunoso e incompleto e, quindi, in contrasto con il principio di effettività, è altrettanto vero che tale facoltà viene necessariamente meno di fronte alla scelta del legislatore di identificare le forme di tutela per determinate situazioni giuridiche soggettive - così accordando preferenza a specifici interessi - e di escludere l'esperibilità di altri rimedi[157].

---

[154] Sul quale si veda G. CHIOVENDA, *I principi*, cit., 81, per il quale il processo *"deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire"* così che esso *"è per sé stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione di una volontà di legge"*.

[155] La tipologia delle pronunce giudiziali è, infatti, strettamente correlata alla tipologia delle azioni previste tanto che le azioni si qualificano proprio in considerazione del provvedimento giurisdizionale richiesto in quanto ogni pronuncia del giudice è possibile in quanto sussiste una corrispondente azione. Così R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro Amm.*, *C.d.S.*, 2011, p. 1707.

[156] A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela,* in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti,* a cura di S. MAZZAMUTO, I, Napoli, 1989, p. 11 e ss.; ID., *La tutela dei diritti,* Milano, 2003, p. 4 e ss.

[157] Così I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., p. 392.

Tale affermazione si pone in linea con il pensiero chiovendiano, secondo il quale il principio di atipicità dell'azione rende ammissibile ogni forma di attuazione di situazioni giuridiche soggettive che, tuttavia, non si ponga in contrasto con una norma generale o speciale di diritto.

In definitiva, il potere giudiziale di integrazione del sistema dei rimedi regolati dalla legge, espressione del principio di atipicità e di effettività della tutela giurisdizionale, può trovare spazio solo nel caso in cui l'assetto delle tutele delineato dal legislatore si presenti incompleto rispetto a specifiche esigenze di protezione di beni-interessi, ma non può spingersi fino alla deformazione delle azioni tipizzate.

Tornando alla tutela del contraente leso dallo squilibrio contrattuale, il rimedio che più efficacemente potrebbe soddisfare le sue esigenze di conservazione del contratto e di bilanciamento del programma impegnativo andrebbe identificato nell'azione di adeguamento. Non di meno, come evidenziato in dottrina, tale tutela non trova espresso riconoscimento nel sistema, nel quale, invece, si rinviene un rimedio tipico - la rescissione ex art. 1448 c.c. - e un potere di *reductio ad aequitatem* (ex art. 1450 c.c.) riservato all'iniziativa del solo contraente avvantaggiato dallo squilibrio contrattuale.

Ebbene, nel caso in cui si accedesse ad una lettura elastica del principio di effettività della tutela giurisdizionale, non vi sarebbero ostacoli ad individuare nell'azione di adeguamento il rimedio generale avverso l'abuso del potere contrattuale produttivo di uno squilibrio del programma negoziale.

Al contrario, ove si aderisse alla tesi che individua nella previsione di un rimedio specifico ed escludente le tutele con esso incompatibili un limite insuperabile all'operatività del principio di atipicità della tutela giurisdizionale, la previsione di un'azione caducatoria come quella ex art. 1448 c.c. potrebbe rappresentare un segnale della volontà del legislatore di escludere rimedi diversi[158].

[158] Per una chiara impostazione del problema ed ampi riferimenti bibliografici, P. CORRIAS, op. cit., p. 374-376.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008; G. AMADIO, F. MACARIO, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti,* Bologna, 2014; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. del dir.,* XXI, Milano, 1971; E. BANI, *Il "giusto" prezzo tra Stato e mercato (Liber Amicorum per Mauro Giusti),* Torino, 2009; M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 46; E. BÖHM BAWERK, *Teoria positiva del capitale*, 1889; G. CALABRESI, *Il futuro del Law and Economics* (Saggi per una rimeditazione ed un ricordo), a cura di F. FIMMANÒ-V. OCCORSIO, Milano 2018; V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Ann*., VII, Milano, 2014, 447 e ss.; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro Amm., C.d.S.,* 2011, 1707 e ss.; C.W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner «Materialisierung»,* in *Arch. civ. pr.*, 2000, 276 ss.; U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2016, 8-9, 753 e ss.; C. CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, in *Rel. ind.,* 1983, 195; A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ*., 2014, 753 ss.; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, Napoli, 1923; P. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 345 e ss.; Id., *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo,* in *Banca, borsa tit. cred*., 2016, 6, 2, 656 e ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008; E. D'AQUILA, *L'adeguatezza tra i vantaggi nei contratti onerosi*, in *Studi senesi*, 1978, 455 e ss.; G. D'AMICO, *"Giustizia contrattuale" nella prospettiva del civilista*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2017, 2, 255 e ss.; Id., *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo,* in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso e integrazione del contratto* (Saggi), Torino 2013, 236 ss.; A. D'ANGELO, *Il contratto in generale*, IV, *La buona fede*, in Trattato BESSONE, XIII, Torino, 2004, 255 ss.; M. D'AURIA e G. FACCI, *Polizze claims made: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*, in *Corr. giur.*, 2019, 1, 20 e ss.; N. DE LUCA, *Clausole claims made: sono tipiche e lecite, ma di tutto si può abusare*, in *Foro it.*, 2018, 10, 1, 3033 e ss.; F. DENOZZA, *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di "parte debole"*, in *Orizz. dir. comm*., 30 novembre, 2013, 8; F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Torino, 2012, 20 e ss.; A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 798; Id., *Forme e tecniche di tutela, in Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, I, Napoli, 1989, 11 e ss.; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967; I. ENGLARD,

Corrective & Distributive Justice - From Aristotle to Modern Times, Oxford University Press, New York, 2009; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto,* Milano, 1970, 223 e ss.; Id., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, 374-375; A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Parigi, 1885; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e impr.*, 1997, 421; Id., *Sull'aequitas delle prestazioni contrattuali,* in *Contratto e impr.*, 1993, 419 e ss.; Id., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, ivi, 1997, 421 e ss.; A. GENTILI, *Nullità, annullabilità e inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I contratti*, 2003, 205; M. GIORGIANNI, voce *Causa* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, 564 e ss.; M. GIUSTI, *Verificazioni pubbliche modificative del processo di formazione dei prezzi privati*; G. GITTI, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, 2006, 159 e ss.; G. GITTI e G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna 2008, 208 ss.; S. GUADAGNO, *Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 755; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 671 e ss.; Id., *Congruità dello scambio e contratti di credito, Ancora una breve riflessione intorno ai rapporti tra mercato e teoria del contratto,* in AA.VV., *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2002, 437 e ss.; G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954; J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. CEPPA, Roma 2013, 356 ss; M.W. HESSELINK, *Democratic Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2014, 81 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico e il mercato*, 1998; N. IRTI, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1991, I, 231 e ss.; W. S. JEVONS, *Theory of Political Economy*, London 1888; I. M. KIRZNER, *The Driving Force of the Market*, London-New York, 2000; S. LANDINI, *L'adeguatezza delle claims made*, in *Giur. comm.*, 2020, 1, 2, 130 e ss.; N. LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, 235 e ss.; A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Commentario del codice civile. Risoluzione per inadempimento,* I, 1, Artt. 1453-1454, Bologna, 1990, 10; F. MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del "terzo contratto": regole di condotta e rimedi correttivi,* Bologna, 2007; G. MARINI, *Rescissione*, in *Enc. del dir.*, XXXIX, Milano, 1988; H. MAYER, *Il concetto di equilibrio nella teoria economica*, in *Economia pura* (a cura di DEL VECCHIO), Torino, 1937; S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 613 e ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, 1, 1 e ss.; E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016; Id., *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 43, n. 1, 2014, 642 e ss.; Id., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Torino, 2007; Id., *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 418 e ss.; Id.,

Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 515 e ss.; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 31 e ss.; I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 387 e ss.; A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 3, 2, 129 e ss.; Id., *Claims made nel post-diritto,* in *Il Foro it.*, 2018, 11, 1, 3512 e ss.; R. PARDOLESI, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, 2006, 159 e ss.; M. PENNASILICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1252 ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano 2005, 313 ss.; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 341; Id., *'Controllo' e 'conformazione' degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir, civ.*, 2017, 219 e ss.; Id., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2016, 86 e ss.; 137 e ss.; F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale"*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 2, 233 e ss.; Id., *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, 1045 e ss.; M. PROSPERETTI, *Mercato e rescissione*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 679 e ss.; A. PROTO PISANI, *Introduzione sull'atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, 1 e ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; R. ROLLI, *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, in *Contratto e impr.*, 2001, 621; V. ROPPO, *Trattato del contratto*, II, *Regolamento*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2006; R. SACCO, Giustizia contrattuale, in *Dig. disc. priv. - sez. civ., Agg.*, 7, Torino, 2012; G. SALVI, *Contributo allo studio della rescissione*, Napoli, 2009, 263 e ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* 9, Napoli, 1966, rist. Napoli 1986, 184 e ss.; V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in E. NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Torino, 2007; Id., *Invalidità e inefficacia nella prospettiva europea dei contratti*, in *Europa e dir. priv.,* 2002, 500 e ss.; Id., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Torino 2002; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, in *Giur. it.,* 1999, V, 230 ss.; E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali*, in *Giust. civ.,* 2018, 1, 211 e ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi costituzionali e controllo sull'atto di autonomia privata. Spunti di comparazione tra esperienza italiana e brasiliana*, in *Giust. civ.,* 2018, 1, 229 e ss.; Id., *Problemi della causa e del tipo*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, II, *Regolamento*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2006; B. TASSONE, *Le clausole claims made di nuovo al vaglio delle Sezioni unite: tanti punti oscuri e due proposte*, in *Foro it.,* 2018, 11, 1, 3524 e ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia*

e mercato, Napoli 2004, 88 ss., 184 ss.; L. WALRAS, *Théorie mathématique de la richesse sociale*, Lausanne, Corbaz, 1883; F. WIESER, *Theorie der gesellschaftlichen,* Wirtschaft, 1914.

ABSTRACT

La nozione di giustizia contrattuale è legata strettamente a quella di autonomia privata, tanto che l'opinione che ne contesta l'autonoma valenza dogmatica fa leva sul principio, di ispirazione tradizional-liberista, di intangibilità della libertà negoziale sancito dall'art. 1322 c.c. per sostenere che il contratto non può ritenersi né giusto, né ingiusto, se è il risultato del consenso delle parti liberamente prestato.
L'equilibrio del contratto assume, tuttavia, rinnovato interesse laddove si proceda ad una rivisitazione della nozione di autonomia negoziale alla luce dei principi costituzionali e delle indicazioni provenienti dalle norme sovranazionali e dall'assetto economico di mercato da queste istituito. In tale prospettiva l'autonomia negoziale perde la connotazione di assolutezza tramandata dalla tradizione civilistica per assumere la fisionomia di un potere limitato perchè funzionale al perseguimento di fini che trascendono l'interesse particolaristico della singola operazione negoziale.

The notion of contractual justice is closely linked to the private autonomy one, so much so that the opinion that disputes its autonomous dogmatic value relies on the principle, of traditional-liberal inspiration, of the intangibility of negotiation freedom enshrined in art. 1322 of the Italian Civil Code to argue that the contract can be considered neither fair nor unjust, if it is the result of the consent of the parties freely given.
The balance of the contract, on the other hand, takes on renewed interest when a review of the notion of negotiation autonomy is carried out in the light of the constitutional principles and the indications coming from the supranational norms and from the economic structure of the market established by them. In this perspective, negotiation autonomy loses the connotation of absoluteness handed down by the civil tradition to assume the physiognomy of a limited power because it is functional to the pursuit of ends that transcend the particular interest of the single negotiation operation.

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA [*online*] ISSN 2704-8667
Anno II – Num. 2 – 2020 *www.istituzionidirittoeconomia.eu*

PIETRO MANCINI*

BREVI APPUNTI SULLA RIFONDAZIONE DELLO "STATO NAZIONE" NEL CONTESTO DELLA GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE

La maggioranza degli studi pubblicati sino ad oggi relativamente al tema della trasformazione della forma di Stato nel contesto globale risulta incentrato particolarmente sulla valutazione ed analisi degli effetti del processo di globalizzazione quale limite *ab externo* al naturale dispiegarsi dell'azione dello Stato nella sua forma ed identità di strumento per l'ordinamento della società civile[1].

Tale parziale visione della crisi della legittimazione della forma e del concetto statale, la cui trasformazione si inscrive nell'ambito del più generale procedere e divenire della storia umana, non tiene in debita considerazione l'idea che la globalizzazione abbia prodotto effetti non solo "*oltre lo Stato*" [2] con la nascita di centri di potere e decisione sovrapposti o competitivi con tale forma dogmatica storico-politica, bensì anche "*dentro lo Stato*", finendo col velocizzare le prassi, dilatare le emozioni, alterare le coscienze dei popoli e delle comunità, microcosmi che appaiono oramai smarriti per effetto della lacerazione temporale dei precedenti ritmi di vita.

Questo "*nuovo processo evolutivo*" della storia delle istituzioni, inaspettato ed incontrollato, da un lato ha divelto le barriere fisiche e geografiche dello Stato, come forma di organizzazione del vivere civile, dall'altro ha compromesso, fino all'alienazione, lo spettro di valutazione di ciascuna persona, ciascuna soggettività, sradicandola dal contesto della comunità locale, dai legami più solidi ed ancestrali, dovendosi per l'effetto ognuno adattare ad una essenza che impone cadenze che travalicano il limite corporeo.

* Dottore in Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli "Federico II".

[1] M. BATTISTINI, *Introduzione. Formazione e trasformazione dello Stato – Nazione nel quadro atlantico e globale*, in *Scienza e Politica*, vol. XXV, no. 48, Bologna, 2013, pp. 5-11.

[2] A. ARIENZO, *Lo Stato nella globalizzazione e la governance economica della politica*, in Scienza e Politica, vol. XXIX, no. 57, Bologna, 2017, pp. 105-120

Lo Stato è una costruzione formale, pura astrazione, un'idea di forma rappresentativa che trova concreta applicazione nel divenire della storia umana solo a seguito della necessità di porre un assetto alla tutela di diritti ed interessi dei singoli, e che la globalizzazione ha svuotato di senso.

Lo smarrimento, lo sviamento dal suo fine ha consentito che lo Stato oggi rappresenti, in modo autoreferenziale, solo la propria ipostasi.

La perdita di coscienza ed identità collettiva, elemento proprio di ogni Stato – nazione, per effetto della artificiale interdipendenza politica – economica del nuovo modello globale oltre che del più vetusto processo di secolarizzazione, nel rispondere alle esigenze della moderna società liquida non ha ancora prodotto alcun rimedio, cosicché lo Stato perde forza legittimante ma nessun altra ipotesi di forma di aggregazione pare trovare lo spunto ed il guizzo per soppiantarlo[3].

La coesistenza pacifica di una pluralità di organi sovranazionali che partecipano alla detenzione della forza, anche attraverso la capacità, legittimità e detenzione dei mezzi di produzione delle norme, efficaci e valide al pari di quelle statali, solleciterebbe la genesi di una confederazione di enti nella gestione e *governance* di problematiche globali, mentre la proliferazione di Stati sempre più deboli mina la stabilità e l'equilibrio mondiale, favorendo scenari di incontrollata anarchia da una parte, di anomia diffusa, per sovrapposizione di centri giurisdizionali e funzionali multilivello dall'altro.

La via d'uscita dal governo del disordine può passare da una rinnovata analisi delle strutture essenziali dello Stato costituzionale e democratico, la cui finalità autenticamente ed effettivamente popolare, ovvero a misura della persona umana che lo abita, non può che trovarsi nella rigenerazione del concetto di finalismo[4].

Ed infatti, lo Stato moderno non ha uno scopo, e quindi è portato a disconoscere ogni consistenza alle altre società; ha compresso di fatto

[3] Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, Laterza, Roma-Bari, 2000.

[4] A. ROSMINI, *La società e il suo fine*, Ed. Uomo, Roma, 1945; G. DOSSETTI, *Scritti politici (1943-1951),* a cura di G. TROTTA, MARIETTI, Genova, 1995, pp. 50-53; G. DOSSETTI, *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, Relazione generale in Atti del III Convegno nazionale di studio dell'U.G.C.I., Roma, 1951.

tutti i fondamentali diritti di libertà eccetto il diritto alla proprietà privata dei mezzi di produzione e alla libera iniziativa economica.

Esso ha rinunciato deliberatamente, almeno all'inizio, al compito di esercitare una funzione di mediazione, e ancor più di sintesi fra le diverse componenti del corpo sociale; manca, invero, di responsabilità sociale.

Le ragioni obiettive di aggravamento sono dovute all'ampliarsi delle dimensioni tecniche delle principali attività umane di prevalente carattere economico, al conseguente modificarsi dei tre elementi tradizionali dello Stato (territorio, popolo, ordinamento giuridico).

In questa prospettiva di rinnovamento sociale ed istituzionale occorreva vincere *quell'horror statualis*, che negli ultimi anni ha convinto le persone che il mercato e le dipendenze economiche intersoggettive potessero migliorare le stesse relazioni politiche.

Invero, i cittadini non temeranno più lo Stato, non lo guarderanno con diffidenza e ostilità quando vedranno profilarsi uno Stato capace d'imporre loro dei gravi sacrifici di ordine materiale allo scopo, però, di avviare ad una *reformatio* del corpo sociale per una maggiore *aequalitas* fra gli uomini.

Pertanto, la conclusione cui giunge la nostra indagine epistemologica, in aderenza alla tesi di E.-W. Böckenförde, postula l'assunto che lo Stato moderno vive di presupposti che non è in grado di garantire, per questo ha la necessità di riappropriarsi della sua sostanza prepolitica, quel finalismo appunto che gli è proprio.

Senza un fondamento religioso, etico e prepolitico lo Stato nazionale moderno non può garantire il proprio vincolo societario su base puramente secolare e temporale, soprattutto laddove quei legami originari, *ethos*, rappresentano il nucleo essenziale della fondazione o rifondazione della sua soggettività ben oltre il limite della razionalità dialettica[5].

Secondo lo studioso tedesco la democrazia in Occidente (a partire dal moderno costituzionalismo) non ha un fondamento proprio né per la sua legittimazione, né per la sua efficacia.

[5] E.-W. BÖCKENFORDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, in P. PRODI – L. SARTORI (a cura di), Cristianesimo e potere, EDB, Bologna, 1986; J. HABERMAS – JOSEPH RATZINGER, *Etica, religione e Stato liberale,* Morcelliana, Brescia, 2004.

Da una parte lo stato liberale può esistere solo se la libertà, che esso garantisce sulla carta ai suoi cittadini, si regola dall'interno, dalla moralità dei singoli e dai valori condivisi della società. Dall'altra parte però, proprio per la sua laicità costituiva, esso non possiede i presupposti spirituali e valoriali sui quali raccogliere l'adesione dei cittadini.

Lo Stato costituzionale moderno, quale versione aggiornata della forma liberaldemocratica ottocentesca, non appare così in grado di guidare quelle forze regolative interne attraverso i mezzi della coercizione giuridica e del comando autoritativo, se non rinunciando alla propria liberalità e ricadendo nello stesso totalitarismo da cui aveva tentato di togliersi dopo la caduta dei regimi autocratici.

Del resto, non è possibile fondare il legame di sovranità solamente attorno all'espressione formale dello Stato giuridico, a processi di democrazia proceduralizzata che allontanano dall'espressione del potere, esercitato nei modi e nelle forme delle democrazie parlamentari per mezzo della sovranità del popolo.

Appare chiaro che il legame unificante (ethos) di una comunità deve precedere la formazione dell'ordine pubblico e giuridico che intende dotarsi di un impianto costituzionale.

Contrariamente alla tesi di Habermas, per il quale lo Stato liberale moderno (ovvero quello costituzionalizzato) non ha necessità di ricorrere a fonti legittimanti esterne morali o religiose, di tipo ideologico o pre-giuridico, in quanto ciò metterebbe in pericolo le premesse di laicità e neutralità dello Stato secolarizzato, per Böckenförde lo Stato nella sua formalità esteriore esprime essenze e contributi che appartengono alla natura di un popolo.

Nella concezione positivistica invece non vi è spazio per elementi etici o prepolitici che rintracciano la loro sostanza in forme logiche e cognitive di assistenza metagiuridica per la giustificazione della fondazione dello Stato moderno.

La pretesa di validità dello Stato moderno per Böckenforde non può prescindere da elementi fondativi non giuridici o prepolitici in quanto nessun ordinamento può dirsi autoreferenziale, legittimandosi a partire dalle proprie procedure di produzione giuridica democratica.

Muovendo da tali assunti, se riteniamo che l'approdo fondativo del processo di secolarizzazione sia la Costituzione e la genesi di un ordinamento giuridico a garanzia dei diritti e delle libertà individuali,

non si può escludere che il potere di uno Stato, che non può dirsi solo costituito, partecipi altresì di una natura anteriore al diritto, come del resto asseritamente confermato dalle teorie sul moderno costituzionalismo in tema di essenza del potere costituente.

L'errore di Habermas appare principalmente quello di ridurre la dinamica della edificazione dello Stato moderno alla dialettica comunicativa e cognitiva, ovvero in termini di razionalità discorsiva.

Una razionalità comunicativa, pratico-emancipativa che conduce alla formazione collettiva di volontà mediante procedure dialogiche, di comunicazione e confronto, libere, sottratte a ogni forma di controllo e di condizionamento e aperte alla partecipazione e al contributo di ciascuno.

L'etica del discorso o della comunicazione che ne discende consente di ripensare la politica come lo spazio nel quale si possono definire consensualmente le finalità del vivere comune e si può raggiungere un'intesa riguardo ai bisogni e agli interessi di tutte le persone coinvolte.

Non può omettersi di considerare che la razionalità post-kantiana con cui Habermas affronta il tema della fondazione dello Stato appare ancor più parziale laddove si ritiene che la natura secolare dello Stato costituzionale democratico sia autonoma ed in sé abbia la pretesa di risultare razionalmente accettabile ai suoi cittadini a partire dall'intesa e necessità di verità che essi si danno nella dinamica relazionale del discorso, del tutto indipendente da variabili e tradizioni metagiuridiche, politiche, etiche e religiose.

Una comunità politica, centro e fine dell'azione statuale, non è solo l'oggetto destinatario di norme legali ma deve esserne innanzitutto il soggetto autore.

Solo così essa diviene *dêmos* di una democrazia, abitante in un orizzonte di significato entro cui sia i cittadini che le istituzioni comprendono e giustificano la loro condotta. E questo orizzonte è tecnicamente di natura religiosa, nel senso che consegna ai suoi abitanti un'immagine stabile di quali siano gli interessi ultimi della comunità, alla luce della sua identità formatasi dal passato, nel presente, per il futuro.

Senza un fondamento religioso, etico e prepolitico lo Stato democratico non può garantire il proprio vincolo societario su base puramente secolare e temporale, soprattutto laddove quei legami

originari, ethos appunto, rappresentano il nucleo essenziale della fondazione o rifondazione della sua soggettività, ben oltre il limite della razionalità dialettica.

Secondo l'interpretazione di Nicoletti «la secolarizzazione dello Stato moderno, ossia il suo progressivo emanciparsi dall'essere uno strumento al servizio di un unico scopo religioso o morale, non deve essere visto solo come un impoverimento della politica, come una sua riduzione a mera procedura: al contrario, la capacità della politica moderna di far convivere pacificamente gli individui e gruppi diversi consentendo loro di perseguire liberamente i loro disegni di felicità non è una diminuzione ma un incremento della sua importanza».

La democrazia è una forma di Stato che non è nata artificiosamente da un progetto mentale umano, bensì è il risultato di un lento processo storico e proprio per questo è dotata di un ethos inteso come orientamento valoriale minimo, come sostanza storico-culturale configuratasi attraverso il corso degli eventi concreti per diventare, alla fine, il sostegno fondamentale degli ordinamenti democratici.

L'ethos rispecchia per ciò il percorso storico che ha portato alla nascita dello Stato moderno nella sua forma democratica, per cui comprende in sé tutti quegli elementi storici, politici, culturali, che nel corso degli eventi hanno reso possibile il raggiungimento di un ordinamento liberale.

Questa convergenza assiologica comune viene condivisa da tutti coloro che appartengono ad uno Stato e rende quindi possibile la convivenza di individui tra loro spesso diversi per concezioni del mondo, cultura e religione.

Lo scopo della democrazia liberale secolarizzata è proprio questo: la convivenza pacifica dei suoi membri in nome della libertà e non il perseguimento della vita buona attraverso il ricorso ad un diritto legato a una specifica morale che finirebbe per tradursi nelle forme dello Stato etico.

Soggettività originaria dello Stato che viene smarrita per effetto della dilatazione spazio-temporale prodotta dal processo di globalizzazione.

La globalizzazione è identificata con «l'espansione e l'intensificazione delle relazioni e della coscienza sociali nel tempo e nello spazio del mondo intero»; fenomeni questi agevolati, per un verso, dallo sviluppo e dalla diffusione delle tecniche di

comunicazione e, per altro verso, dall'affermazione di strutture nazionali e sovranazionali aperte e permeabili agli scambi, soprattutto, ma non solo, di carattere commerciale e finanziario. In tale processo possono vedersi aspetti rischiosi per gli attuali assetti istituzionali o, al contrario, opportunità di sviluppo per le società contemporanee [6].

Il moltiplicarsi degli attori sulla scena globale mostra quanto siano oggi plurali e radicate le interdipendenze economiche e politiche, e quanto fortemente gli Stati ne siano condizionati.

Lo spazio nazionale perde la centralità acquisita nella modernità, a favore del comporsi di spazialità plurali nelle quali lo Stato – globalizzato e scontento – è costretto ad operare.

Ai vincoli esterni rappresentati da questa nuova economia delle interdipendenze si sommano le trasformazioni radicali nei principi che orientano le scelte e i comportamenti politici degli individui.

Tali principi rappresentano i vincoli interni, di natura economica, all'azione degli Stati.

La *governance economica* della politica costituisce un'inedita economia delle interdipendenze e dei comportamenti che è nel contempo promozione e management di soggettività. Essa opera come nuova *ratio societatis*, vera e propria "civilizzazione economica globale" [7].

La crisi della forma statale contemporanea risulta compromessa da spinte centrifughe, sia di livello internazionale verso moduli e formule decisionali dal carattere interstatale, sia di livello sub-statale laddove la dimensione microeconomica basata sulle scelte razionali dei singoli impone l'esondazione dai confini statali per la velocità e la forza del flusso di informazioni prodotte.

In merito al complesso rapporto tra economia e politica, si può sostenere che i problemi e le sfide attuali siano solo in parte nuovi.

Certo molti di essi si pongono, inevitabilmente, in forma inedita, ma probabilmente è possibile leggere, almeno in parte, l'attuale fase di crisi come un momento di profonda trasformazione che, come già avvenuto nel passaggio tra Ottocento e Novecento, rievoca il dilemma del rapporto tra Stato e società, sia pur nel nuovo contesto globale.

---

[6] U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione*, Roma, Carocci, 1999, p. 24.

[7] A. COSTABILE, *Le radici del potere politico e la globalizzazione*, in *Quaderni di Sociologia*, 33, Roma, 2003, pp. 121-135.

Dopo aver egemonizzato la storiografia, in particolare dell'Europa continentale, Stato e nazione sembrano costituire una coppia concettuale muta, incapace cioè di operare come strumento analitico adeguato a comprendere un presente globale che in mancanza di categorie alternative è stato troppo sbrigativamente liberato da quelle del passato attraverso l'impiego del prefisso *post*[8].

Sebbene le riflessioni storiche e teoriche più importanti – specie quelle sul post-colonialismo – abbiano riconsiderato il peso del passato su un presente al quale è stato attribuito il compito di operare una cesura, le categorie di *Stato* e *Nazione* sono scomparse o comunque sono passate in secondo piano nella cassetta degli attrezzi con cui, fino a qualche decennio fa, gli storici hanno cercato di smontare, ricostruire e in questo modo interpretare la modernità occidentale.

Sembrano essere diventate desuete e inefficaci per comprendere lo spessore storico e teorico di un presente globale segnato da relazioni culturali, rapporti sociali e autorità politiche ed economiche dal carattere informale e transnazionale, dunque profondamente diverso dal tratto distintivo della forma moderna dello Stato europeo, storicamente caratterizzato dalla sovranità su un determinato territorio nazionale secondo il principio giuridico dell'impersonalità dell'obbligazione e del comando politico.

L'ultimo trentennio del Novecento è stato quindi rappresentato come un'irrimediabile cesura storica, benché si sia anche messo in risalto come questo tornante storico sia parte degli sviluppi di lungo periodo di una mondializzazione capitalistica che conforma l'intero pianeta al capitale.

Della globalizzazione, la *governance* rappresenta il correlato politico esprimendo l'aspirazione ad un governo senza Governo del mondo.

Non desta sorpresa che in questo quadro di problemi sia tornata attuale la questione dello "*Stato dello Stato*", palesando tutte le nostre difficoltà nel cogliere tendenze di lunga durata in un'epoca di

[8] M. RICCIARDI, *Dallo Stato moderno allo Stato globale. Storia e trasformazione di un concetto*, in Scienza e Politica, vol. XXV, no. 48, Bologna, 2013, pp. 75-93.

temporalizzazioni sempre più accelerate e di presentificazione delle analisi[9].

La globalizzazione è stata a lungo discussa a partire dalla convinzione che essa comporti innanzitutto un ridimensionamento degli Stati sotto la spinta di attori globali, dei mercati economico-finanziari, dei nuovi spazi macro-regionali.

Lo Stato in "ritirata" –nel duplice significato del ritrarsi e del restringersi – si colloca in una posizione intermedia nell'inedita scala globale di autorità e poteri.

Per contro, le crisi politiche, economiche e militari seguite al 2001, con l'indebolirsi del multilateralismo e il ritorno di protezionismi e localismi, hanno riproposto la tesi secondo cui questo "ritrarsi" sia stato un dato congiunturale.

Del resto, la *governance* emergeva dalla convinzione che si potesse praticare la progressiva separazione tra democrazia e sovranità grazie alla disseminazione di spazi negoziali e deliberativi entro e oltre lo Stato-nazionale[10].

Dal livello locale a quello globale, la democrazia poteva assumere le forme non gerarchiche e spesso in-formali della cooperazione tra attori pubblici e privati.

Questa diversa proceduralità implicava, tuttavia, anche una profonda trasformazione delle forme della legittimazione democratica: secondo alcuni anteponendo l'efficienza e la funzionalità ai meccanismi formali dell'autorizzazione politica e rappresentativa, secondo altri aprendo la strada a positive modalità di partecipazione e deliberazione politica.

La *governance* si contrapponeva quindi al *government* nel suo dare corpo a una politica fondata sulla cooperazione e l'interazione tra Stato e attori non-statuali in reti decisionali miste pubblico/private.

In tal modo, essa faceva risaltare sia le rigidità della forma statuale sovrana, sia le debolezze dell'architettura democratico-rappresentativa nazionale.

---

[9] M. SHAW, *Lo Stato della Globalizzazione: verso una teoria della trasformazione dello Stato*, in *Review of International Political Economy,* Cambridge, 1997.

[10] ANTHONY GIDDENS, *Runaway World. How Globalization is Reshaping our Lives*, 1999, trad. it. *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Il Mulino, Bologna 2000.

A partire dal convincimento che sul piano globale operavano forme plurali di *governance* senza "Governo", essa si è inserita nei dibattiti sulle crisi della sovranità nazionale, della democrazia procedurale rappresentativa.

In effetti, la globalizzazione e la sua gestione non mettono solo in atto una radicale de-gerarchizzazione delle relazioni tra lo Stato e la società, ma anche un processo di revisione permanente dei confini tra l'autorità pubblica e ciò che essa governa, in cui la politica si propone come management e l'amministrazione come regolazione[11].

Esistono tesi differenti, secondo le quali nella cosiddetta globalizzazione lo Stato si ristruttura oltre gli orizzonti della territorialità e della sovranità, entrando in rapporto con nuovi attori, nuove modalità di produrre poteri e con geografie inedite.

Esso è, al medesimo tempo, soggetto agente e oggetto agito dei processi in atto sul piano globale: costretto a riarticolare le proprie funzioni e i propri assetti istituzionali in ragione di tutta una serie di nuovi "vincoli esterni", ma anche impegnato nel ripensare la propria legittimità e i legami che esso instaura con i suoi governati sulla base di una serie nuova di "vincoli interni" alla propria azione.

Per poter comprendere lo stato globale che si cristallizza e si atteggia in diverse forme, dobbiamo prima di tutto definire lo stato.

In particolare bisogna spiegare l'importanza che continua ad avere il potere politico-militare come criterio primario per l'esistenza di uno stato.

Molte discussioni sugli stati nelle scienze sociali hanno implicato uno slittamento da una definizione centrata sul militare a una definizione basata sul ruolo economico o giuridico. E' per questo slittamento che molti hanno concluso che lo stato è indebolito dalla globalizzazione.

Alcuni autori invece partono dal presupposto che la classica definizione dello stato come centro politico-militare sia ancora rilevante: che le relazioni militari continuino a definire le relazioni fra gli stati e quindi i parametri delle relazioni globali di potere.

Il dibattito sulla tenuta della democrazia nella globalizzazione non può quindi esaurirsi nella tesi secondo cui l'indebolirsi della sovranità

[11] E.C. RAFFIOTTA, *Il Governo multilivello dell'economia*, Bononia University Press, Bologna, 2013.

statale riduce la partecipazione e la decisione democratico-rappresentativa[12].

Lo stato occidentale ha cominciato a essere costituito all'interno di parametri più ampiamente globali piuttosto che strettamente occidentali.

Negli ultimi decenni, il dibattito sullo Stato è stato spesso indirizzato quasi esclusivamente verso la constatazione di una crisi irreversibile della statualità nella globalizzazione.

Oggi, nel pieno dei mutamenti contraddittori delle democrazie, per dirla con Marc Lazar, in cui gli Stati europei risultano incapaci di rispondere in maniera efficace alle sfide poste in essere dalla complessità dei problemi, imposti dalla crisi economica, i caratteri di questo supposto processo di «destatalizzazione» appaiono però segnati da un profondo ripensamento; anzi, sebbene la globalizzazione possa mettere in discussione i fondamenti anche del costituzionalismo occidentale, non necessariamente questa possibile evidenza è destinata a portare alla fine dello Stato, o meglio del suo nucleo duro[13].

A questo poi si aggiunge il processo di avvicinamento tra i due poli antagonisti, delle imprese e dello Stato, ormai consolidatosi durante la crisi economica, che ha determinato un rinsaldamento di quello *State Capitalism* oggetto di studi nelle moderne scienze sociali.

Comunque, l'idea stessa della crisi, del superamento dell'esperienza statuale e «del suo narrarsi oltre la fine» - che ha tenuto banco per gran parte delle ultime decadi del Novecento - è ormai logora e dimostra di non essere più in grado di colmare il ritardo delle analisi storiche e politologiche sullo sviluppo e sul distendersi complesso della cosiddetta era globale; inoltre il venir meno di un certo «fondamentalismo antistatale» - presente nella politologia - ha forse consentito la ripresa del confronto sul ruolo dello Stato e della statualità.

Già negli anni novanta, nel dibattito anglosassone, si mostrava come fosse fuorviante contrapporre in qualche modo lo Stato alla

[12] M. SHAW, *Lo Stato della Globalizzazione: verso una teoria della trasformazione dello Stato*, in *Rewiev of International Political Economy*, Cambridge, 1997.

[13] E.PARIOTTI, *La società civile oltre lo stato: fra globale e transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 23-48.

globalizzazione, sostenendo che non solo quest'ultima non avrebbe smantellato definitivamente il suo ruolo, ma che piuttosto essa tendeva a includere le "*forme della trasformazione*" dello Stato, anche perché non aveva (e non ha) prodotto attori più efficaci degli Stati[14].

Del resto la visione di un mondo con un unico mercato in cui dominano incontrastate le *corporations* transnazionali è stata più volte contraddetta dalla forza sempre più rilevante delle istituzioni nazionali nella regolazione del commercio e del trasporto dei prodotti; e su questo la riflessione della sinistra riformista italiana, ma anche europea, dovrebbe maggiormente concentrarsi.

Non per nulla, negli ambienti della ricerca politologica anglosassone di quel decennio si sosteneva che il ruolo dello Stato nella *governance* della politica economica era vitale e, per questo, i processi di internazionalizzazione dell'economia non facevano che rafforzare la centralità dello Stato-nazione.

Una centralità che derivava dalla forte capacità, nonostante tutto, di integrare, secondo l'abbondante ricerca di quegli anni, i poteri di governo (governing powers) e di controllarne il trasferimento al livello internazionale - come ad esempio all'Unione europea - così come al livello regionale e decentrato[15].

Infatti, anche di recente, la riflessione politologica ha ormai respinto l'idea dell'impotenza degli Stati nei confronti degli imperativi dell'economia internazionale, proprio perché ha mostrato che la presenza di un settore pubblico solido, di un apparato burocratico-amministrativo radicatosi nel tempo, in sostanza di uno Stato forte, abbia costituito, e costituisca, un vantaggio nell'economia globalizzata.

In ogni caso, la correlazione - messa in mostra in realtà ancora negli anni settanta - tra apertura economica e «dimensione» dei governi e dello Stato, si tiene ancora oggi, tanto che diversi studiosi parlano ancora di crescita del «Leviatano amministrativo»; allo stesso modo lo Stato sociale risulta ad uno stadio di riduzione, ma non di conclamato declino[16].

---

[14] J. HABERMAS, *La costellazione post-nazionale*, MILANO, FELTRINELLI, 1999.

[15] M. MANN, *The Sources of Social Power*, vol.II, Cambridge University Press, Cambridge, 1986, pp. 75-88.

[16] L. TEDOLDI, *Lo Stato nella società globalizzata, in Storia delle istituzioni politiche dall'antico regime all'era globale*, M. MERIGGI, L. TEDOLDI (a cura di), Carocci editore, Roma, pp. 267-279, 2014.

Anzi, il settore dei servizi sociali appare ancora strategico e in grado di dare contenuto alla cittadinanza, di condizionare i progressi della coesione sociale; rimane in sostanza un pilastro dell'identità e dell'appartenenza.

Oltre a ciò, possiamo anche aggiungere che lo Stato costituzionale dei diritti sta acquistando caratteri strutturali europei e internazionali, nonostante, certo, allo stato attuale rimanga ancora un'«entità porosa, "arena" di *policy-making* frammentata e percorsa da forze che sottraggono poteri e competenze al governo centrale».

Oggi, agli inizi della seconda decade del nuovo secolo, si sta assistendo quindi ad un cambio di paradigma; il dibattito volge verso l'affermazione di una tenuta complessiva, seppure faticosa, del sistema-Stato e quindi di un suo possibile passaggio ad un'organizzazione forse diversa, ma certo ancora ben solida, rispetto alle analisi dei decenni precedenti, tanto che di recente da più parti si è sostenuto che lo schema della crisi degli Stati nazionali sovrani e della cosiddetta cessione di sovranità è ormai debole e, al contrario, bisogna intravedere e riconoscere una rinnovata vitalità[17].

Anche se risulta plausibile che la sintesi moderna Stato, diritto e costituzione sia ormai incrinata, il tramonto della costruzione classica della sovranità non determina, nella situazione attuale, la frantumazione definitiva della forma-Stato, sebbene ne vengano messi alla prova i fondamenti.

Si tende, cioè, ad utilizzare meno il concetto di declino irreversibile, più quello appunto di trasformazione, caro a Massimo Severo Giannini fin dagli anni Ottanta.

In diversi casi, la crescita dello Stato è andata di pari passo con l'ascesa delle multinazionali e delle istituzioni multilaterali ed inoltre le reti globali sono ormai fortemente interconnesse con le strutture domestiche dello Stato nazionale; quindi, è, preferibile, parlare di intreccio e rafforzamento strutturale e politico, piuttosto che di trasferimento del potere statale.

[17] P. ROSANVALLON, *Il popolo introvabile. Storia della rappresentanza democratica in Francia*, Bologna, Il Mulino, 2005.

In questo senso, lo Stato tende a rimanere l'attore principale dello sviluppo economico e sociale, anziché autorità residuale nel mondo globalizzato[18].

Non sappiamo se i processi evolutivi della globalizzazione conserveranno o ridurranno il ruolo dello Stato ad «unità elementare di un nuovo ordinamento globale», pare, piuttosto, ipotizzabile come necessario il superamento del legame troppo forte e comodo con lo schema della crisi del sistema degli Stati nazionali per confrontarsi con il paradigma della trasformazione, del mutamento, ma non nel senso di preludio alla scomparsa, di tale ancora attuale forma storica di aggregazione della società complessa.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ARIENZO A., *Lo Stato nella globalizzazione e la governance economica della politica*, in Scienza e Politica, vol. XXIX, no. 57, Bologna, 2017; BATTISTINI M., *Introduzione. Formazione e trasformazione dello Stato – Nazione nel quadro atlantico e globale*, in *Scienza e Politica*, vol. XXV, no. 48, Bologna, 2013; BAUMAN Z., *Dentro la globalizzazione*, Laterza, Roma-Bari, 2000; BECK U., *Che cos'è la globalizzazione*, Roma, Carocci, 1999; BÖCKENFORDE E.-W., *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, in P. PRODI – L. SARTORI (a cura di), Cristianesimo e potere, EDB, Bologna, 1986; COSTABILE A., *Le radici del potere politico e la globalizzazione*, in Quaderni di Sociologia, 33, Roma, 2003; DOSSETTI G., *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, Relazione generale in Atti del III Convegno nazionale di studio dell'U.G.C.I., Roma, 1951; GIDDENS A., *Runaway World. How Globalization is Reshaping our Lives*, 1999, trad. it. *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Il Mulino, Bologna 2000; HABERMAS J., *La costellazione post-nazionale*, Milano, Feltrinelli, 1999; HABERMAS J. – JOSEPH RATZINGER, *Etica, religione e Stato liberale,* Morcelliana, Brescia, 2004; MANN M., *The Sources of Social Power*, vol.II, Cambridge University Press, Cambridge, 1986; PARIOTTI E., *La società civile oltre lo stato: fra globale e transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2004; RAFFIOTTA E.C., *Il Governo multilivello dell'economia*, Bononia University Press, Bologna, 2013; RICCIARDI M., *Dallo Stato moderno allo Stato globale. Storia e trasformazione di un concetto*, in Scienza e Politica, vol. XXV, no. 48, Bologna, 2013; RODRIK D., *La globalizzazione intelligente*, Laterza, Roma-Bari, 2011; ROSANVALLON P., *Il popolo introvabile. Storia della rappresentanza democratica in*

[18] D. RODRIK, *La globalizzazione intelligente*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

Francia, Bologna, Il Mulino, 2005; ROSMINI A., *La società e il suo fine*, Ed. Uomo, Roma, 1945; G. DOSSETTI, *Scritti politici (1943-1951),* a cura di G. TROTTA, MARIETTI, Genova, 1995; SHAW M., *Lo Stato della Globalizzazione: verso una teoria della trasformazione dello Stato*, in *Rewiev of International Political Economy,* Cambridge, 1997; SHAW M., *Lo Stato della Globalizzazione: verso una teoria della trasformazione dello Stato*, in *Rewiev of International Political Economy*, Cambridge, 1997; TEDOLDI L., *Lo Stato nella società globalizzata, in Storia delle istituzioni politiche dall'antico regime all'era globale*, M. MERIGGI, L. TEDOLDI (a cura di), Carocci editore, Roma, 2014.

ABSTRACT

Il presente lavoro propone una riflessione storico-giuridica sul concetto di Stato, dalla crisi di tale forma – modello di organizzazione sino all'attuale assetto della potestà per effetto della cogestione del potere (normativo e militare) con altre istituzioni dalla differente natura ontologica.
Il moltiplicarsi degli attori (istituzionali e non) sulla scena internazionale, originato dalle interdipendenze economiche e politiche in atto, si ritiene abbia comportato l'allargamento dell'ambito spaziale degli Stati, di fatto compromettendone la centralità in termini di detenzione della forza legittima oltre che di identità politica.
Nonostante la dilatazione della forma statuale, per effetto di prove di resistenza oltre e dentro lo Stato, non può dirsi ancora superato questo modello di convivenza civile ed amministrazione del potere, non avendo il fenomeno globale prodotto altre strutture razionali di adeguata portata.

This paper proposes a historical-juridical reflection on the concept of state, from the crisis of this form - organization model up to the current power structure due to the co-management of power (regulatory and military) with other institutions with a different ontological nature.
The multiplication of the actors (institutional and non-institutional) on the international scene, originated by the economic and political interdependencies in progress, is believed to have led to the expansion of the spatial sphere of the States, effectively compromising their centrality in terms of holding legitimate force as well of political identity.
Despite the expansion of the state form, as a result of tests of resistance beyond and within the State, this model of civil coexistence and administration of power cannot yet be said to have been overcome, as the global phenomenon has not produced other rational structures of adequate scope.

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA [*online*] ISSN 2704-8667
Anno II – Num. 2 – 2020 *www.istituzionidirittoeconomia.eu*

ANDREA PELLEGRINO*

I DIFFICILI RAPPORTI TRA LA DECLARATORIA IMMEDIATA DI DETERMINATE CAUSE DI NON PUNIBILITÀ *EX* ART. 129 COD. PROC. PEN. E LA PRONUNCIA ASSOLUTORIA PER INSUFFICIENZA O CONTRADDITTORIETÀ DELLA PROVA. IL GIUDIZIO DI RINVIO E LE CONSEGUENZE DERIVATE DALLA PRESENZA DELLA PARTE CIVILE

SOMMARIO: 1. L'evidenza probatoria. – 2. Proscioglimento, accertamento della responsabilità penale ed annullamento con rinvio: ci sono "punti fermi"? – 3. L'annullamento con rinvio avanti al giudice civile. – 4. Il *revirement* della giurisprudenza ed il "nuovo" rinvio avanti al giudice penale. – 5. Le valutazioni da compiere. – 6. Conclusioni.

1. *L'evidenza probatoria*

Secondo un primo ed ormai consolidato orientamento, il proscioglimento nel merito *ex* art. 129, comma 2 cod. proc. pen. (che richiede la prova positiva dell'innocenza dell'imputato) prevale sulla causa di estinzione del reato solo quando i relativi presupposti (inesistenza del fatto, irrilevanza penale del fatto, non commissione dello stesso) risultino dagli atti in modo incontrovertibile, non richiedendosi alcun approfondimento: in questi casi, il giudice procede ad una "constatazione" (più che ad un apprezzamento). L'evidenza dell'art. 129, comma 2 cod. proc. pen., presupporre la manifestazione di una verità processuale così chiara ed obiettiva (e non ulteriormente investigabile) che si concretizza in qualcosa di più di quanto la legge richiede per l'assoluzione ampia. Ne consegue che, in casi di incertezza o di contraddittorietà probatoria che potrebbero condurre

* Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione.

all'assoluzione, non sarebbe consentito applicare l'art. 129 cod. proc. pen. ma potrebbe prevalere la declaratoria di estinzione del reato, richiedendosi un apprezzamento ponderato tra opposte risultanze. Secondo altro orientamento, in caso di incertezza probatoria prevarrebbe comunque la formula assolutoria ex art. 530, comma 2 cod. proc. pen. rispetto alla declaratoria di estinzione. Secondo ulteriore orientamento, che si pone in posizione mediana, si deve distinguere il momento in cui interviene la causa di estinzione del reato: se nella fase anteriore al dibattimento ovvero all'esito dello stesso. Nel primo caso, la pronuncia di merito prevarrebbe solo in presenza dell'evidenza ex art. 129, comma 2 cod. proc. pen.; nel secondo, invece, ove il dubbio è equiparato alla mancanza di prova, la pronuncia assolutoria dubitativa, equiparabile a quella di cui all'art. 530, comma 1 cod. proc. pen. finirebbe comunque per avere sempre il sopravvento.

Ma qual è il piano in cui si colloca la pronuncia ex art. 129 cod. proc. pen. e quale il suo rapporto con le altre previsioni definitorie del giudizio? Offrono una prima ed importante risposta al riguardo le Sezioni Unite De Rosa[1], che hanno riconosciuto come si sia in presenza di una prescrizione generale di tenuta del sistema che, nella prospettiva di agevolare l'*exitus* del processo ed il *favor rei*, impone il proscioglimento immediato in presenza di determinate e tassative condizioni che svuotano di contenuto l'imputazione o ne fanno venir meno (per ragioni di merito o per la presenza di ostacoli processuali) l'effettiva ragion d'essere. La disposizione non è alternativa ad altre previsioni di analoghi effetti né entra in conflitto con queste, ma, affiancando e integrando tali previsioni, definisce meglio, per tempi e modalità, i poteri decisori del giudice. All'esito del giudizio, il proscioglimento nel merito, nel caso di contraddittorietà o insufficienza della prova, non prevale rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità. I principi della sentenza De Rosa vengono ripresi e

[1] Cass., SS. UU., sent. 25 gennaio 2005 – dep. 30 marzo 2005, n. 12283, Rv. 230529 – 01, 230530 – 01 e 230531 – 01.

riaffermati dalle Sezioni Unite Tettamanti[2], secondo cui, in presenza di una causa di estinzione del reato, invero, non sono rilevabili in sede di legittimità vizi di motivazione della sentenza impugnata astrattamente idonei a condurre all'annullamento con rinvio in quanto il giudice del rinvio avrebbe comunque l'obbligo di procedere immediatamente alla declaratoria della causa estintiva (con riferimento alle nullità di ordine generale parimenti non rilevabili in sede di legittimità, si era già espressa la sentenza delle Sezioni Unite Cremonese[3]. Ma come interferisce la disciplina di cui all'art. 578 cod. proc. pen. con quella di cui all'art. 129 cod. proc. pen.? Al rilievo si è data risposta riconoscendo come, in presenza di una parte civile e di una condanna in primo grado, il giudice d'appello nel prendere atto della sopravvenienza di una causa estintiva del reato verificatasi nel corso del giudizio di secondo grado, è tenuto a pronunciarsi sull'azione civile, compiendo una valutazione approfondita dell'acquisito compendio probatorio, senza essere legato ai canoni di economia processuale che impongono la declaratoria della causa di estinzione del reato quando la prova dell'innocenza non risulti *ictu oculi*. E così, allorquando, ai sensi dell'art. 578 cod. proc. pen., il giudice d'appello, intervenuta una causa estintiva del reato, è chiamato a valutare il compendio probatorio ai fini delle statuizioni civili per la presenza della parte civile, il proscioglimento nel merito prevale sulla causa estintiva, pur nel caso di accertata contraddittorietà o insufficienza della prova. Analoga soluzione deve essere adottata allorquando, pur in assenza della parte civile, ad un'assoluzione pronunciata in primo grado ex art. 530, comma 2 cod. proc. pen. impugnata dal pubblico ministero, sopravvenga una causa estintiva del reato ed il giudice di secondo grado ritenga infondato l'appello del pubblico ministero: anche in tal caso, l'approfondimento della valutazione delle emergenze processuali impone la conferma della pronuncia

[2] Cass., SS. UU., sent. 28 maggio 2009 – dep. 15 settembre 2009, n. 35490, Rv. 244273 – 01, 244274 – 01 e Rv. 244275 – 01.

[3] Cass., SS. UU., sent. 28 novembre 2001 – dep. 11 gennaio 2002, n. 1021, Rv. 22509-01, 22510-01 e 22511-01.

assolutoria in applicazione della regola probatoria, ispirata al *favor rei*, di cui al secondo comma dell'art. 530 cod. proc. pen.

2. *Proscioglimento, accertamento della responsabilità penale ed annullamento con rinvio: ci sono "punti fermi"?*

Piuttosto complesso è il panorama giurisprudenziale che cerca di "far luce" sui difficili rapporti tra proscioglimento dell'imputato per sopravvenuta estinzione del reato e tutela della domanda risarcitoria.

Le Sezioni Unite Sciortino[4] hanno preliminarmente chiarito come, nell'ipotesi in cui il giudice secondo grado dichiari non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato (o per intervenuta amnistia) senza motivare in ordine alla responsabilità dell'imputato ai fini delle statuizioni civili, l'eventuale accoglimento del ricorso per cassazione proposto dall'imputato impone l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello, a norma dell'art. 622 cod. proc. pen.[5]. Nel caso Sciortino, l'intervento regolatore aveva riguardato un caso in cui il Tribunale aveva dichiarato l'imputato colpevole dei reati contestatigli, condannandolo anche al risarcimento dei danni in favore delle parti civili, da liquidare in separata sede; a seguito di impugnazione dell'imputato, la Corte di appello aveva dichiarato non doversi procedere nei suoi confronti perché i reati erano estinti per prescrizione, condannando il medesimo alla rifusione delle spese sostenute nel grado dalle parti civili, senza esplicita statuizione di conferma della condanna al risarcimento dei danni e, in ogni caso, senza motivare in ordine alla responsabilità dell'imputato ai fini delle statuizioni civili. Il giudice di appello, nel dichiarare una causa estintiva del reato per il quale in primo grado è intervenuta condanna, in presenza della parte civile, è comunque tenuto a compiutamente

[4] Cass., SS. UU., sent. 18 luglio 2013 – dep. 27 settembre 2013, n. 40109, Rv. 256087-01.

[5] Adesiva, Cass., Sez. VI pen., sent. 21 gennaio 2014 – dep. 6 febbraio 2014, n. 5888, Rv. 258999-01.

esaminare i motivi di gravame proposti dall'imputato sul capo o punto della sentenza relativo all'affermazione di responsabilità, al fine di decidere sull'impugnazione agli effetti civili; ne deriva che, qualora detti motivi siano fondati, deve riformare la sentenza stessa, contestualmente revocando le statuizioni civili anche in difetto della proposizione di specifica doglianza al riguardo, sempreché detta condanna abbia diretta dipendenza dal capo o dal punto impugnato[6]; se invece, i motivi di gravame saranno considerati infondati, il ricorso verrà respinto e le statuizioni civili, anche in assenza della parte civile, confermate.

Diversa è l'ipotesi in cui si rilevi in sede di legittimità la sopravvenuta prescrizione del reato unitamente ad un vizio di motivazione della sentenza di condanna impugnata in ordine alla responsabilità dell'imputato: la circostanza comporterà l'annullamento senza rinvio della sentenza stessa e, ove questa contenga anche la condanna al risarcimento del danno in favore della parte civile, si determinerà l'annullamento delle statuizioni civili con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello[7]. Nel momento in cui il giudice di legittimità rilevi la maturata prescrizione del reato, gli viene precluso di rilevare sia nullità di carattere generale del giudizio di merito che vizi di motivazione della sentenza impugnata, anche se questa abbia pronunciato condanna agli effetti civili, a meno che il ricorso dell'imputato non contesti le statuizioni a favore della parte civile[8]. Piuttosto chiara la logica sottostante: l'esistenza della causa estintiva del reato assume un carattere "assorbente" nel senso che l'inopinato rinvio farebbe rinascere avanti a questo giudice (inutilmente adito) il medesimo obbligo di dichiarare la prescrizione; inoltre il rinvio si scontrerebbe con l'obbligo dell'immediata declaratoria di proscioglimento[9].

---

[6] Cass., Sez. II pen., sent. 23 maggio 2017 – dep. 13 giugno 2017, n. 29499, Rv. 270322-01.

[7] Cass., Sez. IV pen., sent. 21 maggio 2016 – dep. 13 luglio 2016, n. 29627, Rv. 267844-01.

[8] Cass., Sez. VI pen., sent. 19 marzo 2013 – dep. 30 maggio 2013, n. 23594, Rv. 256625-01.

[9] Cass., Sez. Un. pen., n. 1021/2002, cit. (v. *retro*, nota 3).

Se ne deduce che solo la contestazione da parte dell'imputato delle statuizioni civili può far espandere i poteri del giudice di legittimità nell'accertamento delle violazioni di legge e dei vizi di motivazione e determinare in astratto un annullamento con rinvio della sentenza impugnata. La concomitante ricorrenza di un proscioglimento ex art. 530, comma 2 cod. proc. pen. e di una causa di non punibilità fa prevalere quest'ultima, salvo che, in sede di appello, la sopravvenienza di quest'ultima imponga al giudice, per la presenza della parte civile e della sua espressa domanda, di valutare il compendio probatorio ai fini delle statuizioni civili, previa incidentale valutazione della responsabilità penale[10]. Il giudice di appello, nel dichiarare una causa estintiva del reato per il quale in primo grado è intervenuta condanna, in presenza della parte civile, è comunque tenuto a compiutamente esaminare i motivi di gravame proposti dall'imputato sul capo o punto della sentenza relativo all'affermazione di responsabilità, al fine di decidere sull'impugnazione agli effetti civili; ne deriva che, qualora detti motivi siano fondati, deve riformare la sentenza stessa, contestualmente revocando le statuizioni civili anche in difetto della proposizione di specifica doglianza al riguardo, sempreché detta condanna abbia diretta dipendenza dal capo o dal punto impugnato[11]; se invece, i motivi di gravame saranno considerati infondati, il ricorso verrà respinto e le statuizioni civili, anche in assenza della parte civile, confermate. Ulteriore "peculiarità" si registra in presenza di annullamento di sentenza sia agli effetti penali sia agli effetti civili: in tal caso, il rinvio deve essere disposto unitariamente davanti al giudice penale, posto che il rinvio al giudice civile, di cui alla seconda parte dell'art. 622 cod. proc. pen., è limitato alla sola ipotesi di accoglimento del ricorso della parte civile proposto ai soli effetti civili e di

[10] Cass., Sez. II pen., sent. 18 luglio 2014 – dep. 17 settembre 2014, n. 38049, Rv. Rv. 260586 - 01; nello stesso senso, Cass., Sez. IV pen., sent. 11 aprile 2018 – dep. 9 maggio 2018, n. 20568, Rv. 273259 - 01 e Cass., Sez. IV pen., sent. 21 novembre 2018 – dep. 28 novembre 2018, n. 53354, Rv. 274497 - 01 con riferimento al medesimo epilogo decisorio in presenza di infondatezza nel merito dell'impugnazione del pubblico ministero proposta avverso una sentenza di assoluzione in primo grado ai sensi dell'art. 530, comma 2 cod. proc. pen.

[11] Cass., Sez. II pen., n. 29499/2017, cit. (v. *retro*, nota 6).

contestuale mancata presentazione o rigetto di ricorsi rilevanti agli effetti penali[12].

3. *L'annullamento con rinvio avanti al giudice civile*

Prima dei più recenti approdi giurisprudenziali, la giurisprudenza civile della Suprema Corte aveva costantemente riconosciuto[13] come *"il giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. costituisce solo formalmente una mera prosecuzione del processo penale, trattandosi, viceversa, di una sostanziale translatio iudicii dinanzi al giudice civile, con la conseguenza che rimane del tutto estranea all'assetto del giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. la possibilità di applicazione di criteri e regole probatorie, processuali e sostanziali, tipiche della fase penale esauritasi a seguito della pronuncia emessa dalla Corte di cassazione penale ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen., mentre deve ritenersi imposta l'applicazione dei criteri e delle regole probatorie, processuali e sostanziali, proprie del giudizio civile. Ciò posto, nel giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen., non è consentita l'utilizzazione, alla stregua di una testimonianza, delle dichiarazioni rese dalla parte civile sentita quale testimone nel corso del processo penale, dovendo viceversa trovare applicazione il principio di cui di cui all'art. 246 cod. proc. civ., ai sensi del quale non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio".*

Nel medesimo solco interpretativo si pone altra recente pronuncia resa in sede penale[14] che, nel chiarire che il giudizio di rinvio avanti al giudice civile designato, che abbia luogo a seguito di sentenza resa dalla Corte di cassazione in sede penale ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen. è da considerarsi come un giudizio civile di rinvio del tutto

[12] Cass., Sez. V pen., sent. 15 gennaio 2015 – dep. 10 marzo 2015, n. 10097, Rv. 262633-01 in fattispecie in cui la Corte di cassazione ha annullato la sentenza impugnata in relazione alla conferma sia dell'affermazione di penale responsabilità di un imputato, sia della esclusione della responsabilità civile di altro imputato, avverso la cui assoluzione non era stato proposto ricorso ai fini penali.

[13] Cass., Sez. III civ., sent. 18 aprile 2019 – dep. 25 giugno 2019, n. 16916, non mass.

[14] Cass., Sez. VI pen., sent. 8 febbraio 2018 – dep. 3 ottobre 2018, n. 43896, Rv. 274223 – 02.

riconducibile alla normale disciplina del giudizio di rinvio quale espressa dagli artt. 392 e ss. cod. proc. civ., ne fa discendere l'assunto secondo cui la fase successiva non è completamente avulsa dalla vicenda del processo penale, ma ne rappresenta - sia pure ai fini della sola statuizione sugli effetti civili - uno sviluppo davanti alla giurisdizione ordinaria civile, successivamente all'intervenuta fase di cassazione in sede penale. Se così non fosse – si prosegue – ed ogni legame con lo svolgimento del processo penale e, quindi, anche con lo svolgimento in esso dell'azione civile, si dovesse intendere reciso e l'unico effetto della cassazione della sentenza di proscioglimento fosse, pertanto, quello di sottrarre il giudizio su detta azione al vincolo del giudicato che altrimenti deriverebbe dalla statuizione agli effetti penali, l'accertamento del danno da reato sarebbe compiuto senza tenere conto dei limiti e dell'oggetto fissati nella sentenza penale. Da qui il riconoscimento del carattere "chiuso" del giudizio di rinvio, tendente ad una nuova pronuncia, nel quale le parti sono obbligate a riproporre la controversia nei medesimi termini e nel medesimo stato d'istruzione anteriore alla decisione della Corte di cassazione, senza tendenziale possibilità di svolgere una nuova attività probatoria o assertiva, salvi i casi in cui fatti sopravvenuti o la sentenza della Corte di cassazione rendano necessaria una ulteriore attività del genere di quella sopra indicata, sì che quest'ultima, nella seconda delle ipotesi indicate, venga a dipendere strettamente dalle statuizioni della Suprema Corte. Davanti al giudice civile, coinvolto per effetto del rinvio contenuto nell'art. 622 cod. proc. pen., la natura della domanda non muta[15]; oggetto del giudizio risarcitorio è, infatti, il prodromico accertamento incidentale della esistenza di un fatto di reato in tutte le sue componenti obiettive e subiettive, ma al giudice civile non è consentita l'utilizzazione di una prova dichiarata inutilizzabile nel processo penale. Il rito civile, in ultima analisi, con le sue forme e le sue scansioni, si atteggia a contenitore di un'azione di natura apparentemente civile, ma sostanzialmente penale.

[15] Cass., Sez. IV pen., sent. 4 febbraio 2016 – dep. 1 luglio 2016, n. 27045, Rv. 267730 - 01; Cass., Sez. IV pen., sent. 19 febbraio 2015 – dep. 17 marzo 2015, n. 11193, Rv. 262708 - 01.

4. *Il* revirement *della giurisprudenza ed il "nuovo" rinvio avanti al giudice penale*

Di estremo interesse, innanzitutto per la sua portata ricognitiva, è la recente sentenza pronunciata dalla Quarta Sezione Penale della Corte di Cassazione[16].

Il caso. La Corte d'appello di Brescia ha riformato la sentenza del Tribunale cittadino, con la quale erano stati condannati a pena sospesa e al risarcimento dei danni in favore delle costituite parti civili P.P., R.P. e INAIL - per il reato di lesioni personali colpose gravi, in relazione all'infortunio sul lavoro occorso a P.P., I.G., nella qualità di legale rappresentante di un'impresa individuale in sub-appalto e datore di lavoro dell'infortunato e E.I., nella qualità di amministratore della D. s.r.l., affidataria dei lavori commissionati dalla F.lli P. s.n.c, assolti i legali rappresentanti di quest'ultima, vale a dire i ricorrenti P.R. e P.P. e - in *overturning* rispetto al verdetto assolutorio di primo grado - ha dichiarato anche questi ultimi civilmente responsabili del reato loro ascritto, condannandoli al risarcimento dei danni in favore delle parti civili appellanti, con riconoscimento di provvisionale

Nella sentenza in commento si afferma: "*In caso di annullamento della sentenza di appello, con la quale l'imputato assolto in primo grado con sentenza divenuta irrevocabile sia condannato ai soli effetti civili, in accoglimento del gravame proposto dalla parte civile, per riscontrata violazione delle regole del giusto processo in ragione della mancata rinnovazione dell'assunzione di prove dichiarative decisive, il rinvio per nuovo giudizio va disposto, sia pure ai soli effetti civili, dinanzi al giudice penale* [e non a quello civile]*, il quale si uniformerà al principio di diritto formulato nella sentenza di annullamento*".

Indispensabili alcune premesse. Si è visto come la sentenza Tettamanti non avesse affrontato la questione della individuazione del giudice di rinvio in caso di vizi di motivazione, in presenza di una declaratoria di estinzione del reato, in ordine alla responsabilità dell'imputato ai fini della condanna civile: questione che, invece, viene trattata dalla sentenza Sciortino, secondo cui, una volta rilevata e

[16] Cass. Sez. IV pen., sent. 26 febbraio 2020 – dep. 15 aprile 2020, n. 12174, non mass.

dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione, non può residuare alcuno spazio per ulteriori pronunce del giudice penale e non abbia più ragion d'essere la speciale competenza promiscua (penale e civile) attribuita al giudice penale in conseguenza della costituzione di parte civile, venendo meno quell'interesse penalistico alla vicenda che giustifica il permanere della questione in sede penale. La sentenza in parola - più che "superare" - sembra "ridurre" la portata applicativa sentenza Sciortino, partendo dall'evoluzione giurisprudenziale e normativa che ha riconosciuto come il giudice di appello che riformi, anche ai soli fini civili, la sentenza assolutoria di primo grado sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova dichiarativa ritenuta decisiva è obbligato a rinnovare l'istruzione dibattimentale, anche d'ufficio.

A giustificazione di una simile conclusione si è invocata e ricordata la garanzia del giusto processo a favore dell'imputato coinvolto in un procedimento penale, dove i meccanismi e le regole sulla formazione della prova non subiscono distinzioni a seconda degli interessi in gioco, pur se di natura esclusivamente civilistica; al punto che, anche in un contesto di impugnazione ai soli effetti civili, si è ritenuto di dover attribuire al giudice il potere-dovere di integrazione probatoria di ufficio ex art. 603, comma 3 cod. proc. pen.; difformemente, si sono ritenuti insussistenti i presupposti per la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello quelle situazioni nelle quali la riforma in *peius* della sentenza assolutoria di primo grado sia fondata, non già su un diverso apprezzamento in ordine all'attendibilità di una prova dichiarativa diversamente valutata in primo grado ovvero su una diversa valutazione del suo contenuto e della sua portata, bensì su una valutazione organica, globale ed unitaria degli ulteriori elementi indiziari a carico (esterni alle dichiarazioni), erroneamente considerati in maniera atomistica dalla decisione del primo giudice[17].

Fermo quanto precede, riconosce la sentenza in parola come *"l'incidenza nomofilattica di tale principio … (assuma carattere) dirimente … : ove si ritenesse che il vizio motivazionale correlato alla violazione della regola*

[17] Cfr., Cass. Sez. V pen., sent. 18 giugno 2018 – dep. 28 novembre 2018, n. 53415, Rv. 274593 – 01.

processuale così individuata non assuma rilievo ai fini della individuazione del giudice al quale compete svolgere l'accertamento del fatto-reato, si sottrarrebbe all'imputato, il cui ricorso è stato ritenuto fondato, la possibilità di ottenere quell'accertamento secondo le regole penalistiche del giusto processo, area riservata certamente al giudice penale e alle sue regole processuali ad esito di un giudizio destinato a perdere la sua stessa connotazione cartolare, per divenire rinnovato processo di quel primo grado conclusosi con un accertamento di insussistenza del fatto o della sua non riconducibilità a quell'imputato". E, tra le varie declinazioni del diritto al giusto processo si ricomprende anche il diritto alla rinnovazione della prova in appello nel caso in cui il giudice del gravame del merito ribalti la sentenza assolutoria di primo grado ai soli fini della condanna alle restituzioni e al risarcimento da fatto di reato. La maggiore solidità della pronuncia assolutoria e la centralità dell'imputato all'interno della vicenda processuale consentono di calibrare la portata del suo diritto a un processo equo nelle varie fasi in cui si articola l'accertamento del fatto-reato. In altri termini, si è ritenuto di dover riconoscere ai diritti dell'imputato una proiezione che vada oltre il verdetto assolutorio definitivo, non potendosi ritenere effettivamente conclusa la vicenda penale devoluta alla cognizione del giudice penale nella sua integralità, condizione questa indispensabile per configurare quella dissoluzione del collegamento tra la pretesa risarcitoria del privato e l'accertamento del fatto-reato come operato nel processo penale che giustifica il trasferimento della cognizione sui residui aspetti civilistici della vicenda[18].

5. *Le valutazioni da compiere*

Le ultimissime pronunce giurisprudenziali – come detto – mirano, al contrario, ad una forte contrazione dell'ambito formale di applicazione dell'art. 622 cod. proc. pen.: si assiste, infatti, da un lato, all'ampliamento dei casi di annullamento senza rinvio e, dall'altro, ad un "generalizzato" rinvio al giudice penale sia pure ai soli effetti civili:

[18] Cfr., Cass., Sez. IV pen., sent. 13 febbraio 2020 – dep. 10 aprile 2020, n. 11958, 278746 - 01.

ipotesi – tutte – caratterizzate da un medesimo presupposto di fondo rappresentato dalla sussistenza di un fatto di reato ancora controverso sia sotto il profilo della sua configurabilità o qualificazione giuridica che della riferibilità al suo presunto autore.

Si è così affermato che il rinvio al giudice civile, ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen., non possa essere disposto qualora l'annullamento delle disposizioni o dei capi della sentenza impugnata concernenti l'azione civile dipenda dalla fondatezza del ricorso dell'imputato agli effetti penali[19], difettando i presupposti stessi per l'operatività dell'art. 622 cod. proc. pen.: rinvio avanti al giudice civile che, peraltro, qualora disposto, avrebbe potuto costituire una ulteriore distonia di sistema, finendo per 'costringere' tale giudice ad uniformarsi alla questione di diritto decisa con questa sentenza, riesaminando le statuizioni contenute nella pronuncia assolutoria di primo grado e facendo applicazione di una regola processuale che, espressione dei principi di immediatezza e di oralità, è in realtà regola propria del processo penale. In particolare, nella sentenza in esame, la Suprema Corte, nel disporre l'annullamento senza rinvio ha cura di precisare come detta declaratoria "non sacrifica in maniera irreparabile le ragioni (…) della parte civile, in quanto le stesse potranno essere fatte valere dall'interessato in un nuovo autonomo giudizio nella sua sede propria, quella civile, senza che le determinazioni della relativa autorità giudiziaria possano essere in alcun modo pregiudicate dalla … sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione dei reati, che non rientra tra quelle per le quali, ai sensi degli artt. 651 e segg. cod. proc. pen., trovano applicazione le norme sulla efficacia del giudicato penale nel giudizio civile"[20].

[19] Cass., Sez. VI pen., sent. 6 giugno 2019 – dep. 18 luglio 2019, n. 31921, Rv. 277285 – 01: fattispecie nella quale era stata accertata la violazione di una specifica norma del codice di procedura penale in materia di mancata ammissione ed assunzione di una prova dichiarativa, violazione che, avendo viziato la decisione sulla responsabilità, l'aveva resa *tamquam non esset*.

[20] Cass., sent. n. 31921/2019 *cit.* (v. *retro*, nota precedente).

6. *Conclusioni*

L'affermazione di una presunta "centralità" della giurisdizione civile di rinvio, giustificata dalla necessità di evitare ulteriori interventi del giudice penale, esce fortemente ridimensionata dagli sviluppi giurisprudenziali più recenti.

Il suo mantenimento rimane condizionato alla circostanza in fatto che non residuino ulteriori spazi per l'accertamento del fatto in sede penale. Allorquando, invece (si pensi ad un proscioglimento ribaltato in appello in violazione dei canoni costituzionali e convenzionali pertinenti alle regole probatorie e ai criteri decisori che presidiano il processo penale) sopravvive, nonostante l'irrevocabilità dell'esito assolutorio, l'interesse penalistico alla definizione della vicenda, si rende necessario che l'accertamento del fatto-reato generatore del danno avvenga – in sede penale – nel rispetto dei canoni di giudizio penalistici ispirati al giusto processo «formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio»[21], con riguardo sia alla verifica probatoria del nesso causale, sia alla disciplina dell'utilizzabilità delle prove, delle modalità di acquisizione di esse e degli obblighi di rinnovazione istruttoria. In questi casi, dovendosi ritenere che la vicenda non sia completamente "definita", si riconosce come la sua "coda" non possa che essere devoluta anch'essa alla cognizione del giudice penale nella sua integralità, solo così potendosi da un lato salvaguardare lo statuto delle garanzie dell'imputato e, dall'altro scongiurare il rischio di dispersione del compendio probatorio già acquisito nel giudizio penale.

In caso contrario, ove si ritenesse che una assoluzione irrevocabile privi l'accusato/danneggiante del diritto all'accertamento del fatto generatore del danno in base alle norme e ai principi propri del processo penale e con le garanzie del giusto processo, *"… nessuna rilevanza avrebbe, nel caso in cui la ragione dell'annullamento riposi proprio nella accertata violazione di essi, la fissazione della regola di giudizio per l'accertamento*

[21] Cfr. Corte Cost., sent. 17 aprile 1996 – dep. 24 aprile 1996, n. 131.

del fatto illecito da reato nel caso concreto; con evidente incoerenza del sistema che, da un lato, impone il rispetto delle norme poste a presidio del diritto fondamentale di che trattasi, dall'altro, ne vanifica il rilievo processuale una volta che l'imputato non sia più chiamato a rispondere penalmente dello stesso fatto illecito per il quale continua, invece, a rispondere civilmente …"[22].

Solo con la definitiva dissoluzione (originaria o sopravvenuta) del collegamento tra la pretesa risarcitoria del danneggiato e l'accertamento del fatto-reato come operato nel processo penale s'individua lo spazio – peraltro assai ristretto – per la devoluzione al giudice civile della cognizione sui residui aspetti civilistici.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

CANZIO G. –IADECOLA G., *Annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili: quale giudice e quali regole di giudizio in sede di rinvio?*, in *Sistema Penale*, n. 4/2020; PROTO PISANI A., *Note in tema di annullamento della sentenza ai soli effetti civili*, in *Foro it.*, 2020, I, 620; CANALE G., *Riflessioni sul giudizio di rinvio ai soli effetti civili ex art. 622 c.p.p.*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 4-5, 1020; CAVALLARO T., *L'accertamento dei fatti inerenti la responsabilità civile da reato*, in GAITO A. (diretto da), *La prova penale*, Torino, 2008, 516; BARGI A., *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di GAITO A., Vol. 2, Torino, 1998, 654; LAVARINI B., *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009, 155; SAVIO E., *Il giudizio di rinvio dopo l'annullamento in cassazione*, Padova, 2014, 73; MONOSI L., *La sorte delle prove raccolte dinanzi al giudice penale a seguito dell'annullamento con rinvio ex art. 622 cod. proc. pen.*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 5/2019.

ABSTRACT

Il presente saggio fornisce una ricostruzione giurisprudenziale completa della valenza, in particolare, delle pronunce dichiarative dell'estinzione del reato, affrontando i temi fondamentali e controversi del rapporto delle stesse, da un lato, con le pronunce assolutorie per insufficienza o contraddittorietà della prova e, dall'altro, con la tutela della domanda

[22] Cass., Sez. IV pen., sent. n. 12174/2020, cit.

risarcitoria ad esito di annullamento con rinvio ad opera della Suprema Corte di cassazione.

This essay provides a complete jurisprudential reconstruction of the value, in particular, of the declaratory judgments of the extinction of the crime, addressing the fundamental and controversial issues of the relationship of the same, on the one hand, with the absolutory judgments for insufficient or contradictory evidence and, on the other hand, with the protection of the claim for damages as a result of annulment with referral by the Suprema Corte di Cassazione.

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA [*online*] ISSN 2704-8667
Anno II – Num. 2 – 2020 *www.istituzionidirittoeconomia.eu*

IVAN CUOCOLO*

CONSIDERAZIONI SU ALCUNI ASPETTI DEL PENSIERO GIUSPOLITICO DI FRANCISCO DE VITORIA

SOMMARIO: 1. La crisi della coscienza iberica. - 2. Il Maestro di Salamanca. - 3. La critica dei "giusti titoli" della Conquista. - 4. La *Communitas orbis*. – 5. I diritti "naturali" e i (veri) *justos títulos* della Conquista. – 6. La visione dello Stato e la *Respublica sibi sufficiens*. – 7. Conclusioni.

1. *La crisi della coscienza iberica*

Lewis Hanke, uno dei massimi studiosi di storia coloniale dell'America Latina, ha sottolineato il fatto che nelle colonie inglesi e francesi d'America non vi fu nessuno che come Bartolomé de Las Casas difendesse, di fronte ai coloni e addirittura di fronte alla Corona, i diritti di indigeni e neri, considerati nient'altro che selvaggi da schiavizzare[1]. La *Conquista* del Nuovo Mondo provocò, sin dai primi anni, nella Spagna e nell'Europa del tempo, una profonda crisi di coscienza a cui la riflessione dei giuristi, degli umanisti, degli intellettuali dell'epoca, non poteva restare indifferente. Gli importanti dibattiti sulla definizione e sui fondamenti giuridici della "guerra giusta" che si sarebbero svolti a Burgos, a Salamanca, a Madrid, a Valladolid, e che talvolta assunsero la forma di veri e propri scontri dottrinali fra posizioni inconciliabili, proveranno a dare una risposta alla questione sulla natura degli *indios*, sul loro *status* giuridico, e sul diritto degli stessi spagnoli e della Corona di conquista e appropriazione delle terre nel Nuovo Mondo.

Il dibattito sulla natura metafisica degli amerindi, la questione se questi avessero un'anima immortale o fossero da considerarsi più simili alle bestie che agli uomini, erano tutt'altro che questioni oziose di carattere esclusivamente teologico-religioso. Tali controversie investivano, infatti, in pieno la stessa sfera del diritto. A seconda della

* Dottorando di ricerca in Diritto e Istituzioni economico-sociali presso l'Università di Napoli "Parthenope".

[1] L. HANKE, *Las teorías políticas de Bartolomé de Las Casas*, Buenos Aires 1935, p. 15.

tesi avanzata sulla umanità o non-umanità degli indigeni, si avevano conseguenze giuridiche di notevole rilievo, come, fra gli altri, il diritto di proprietà dei nativi americani. Riconoscere l'umanità di questi ultimi poneva dei seri limiti alle pretese dei *conquistadores* di espropriare i beni mobili e immobili delle popolazioni indigene.

Anche la sfera politica ne era significativamente coinvolta. Il riconoscimento del – diremmo oggi – diritto all'autodeterminazione degli *indios*, contrapposto alla tesi di una loro presunta incapacità civile, rendeva assai labili le pretese sia dei coloni sia della Corona stessa ad un *imperium* su popoli che avevano già dei loro sovrani e una loro organizzazione sociale, sebbene questa venisse spesso misconosciuta o risolutamente negata da una parte della società spagnola del Cinquecento.

Le diverse interpretazioni delle questioni appena delineate possono essere, in estrema sintesi, ordinate in due atteggiamenti antitetici: da un lato quello rappresentato soprattutto dall'ordine dei domenicani (e da frate Bartolomé de Las Casas in particolare), critici con la prassi dei *conquistadores*; e dall'altro la posizione, esemplificativamente rappresentata dall'umanista di formazione aristotelica Ginés de Sepùlveda, il quale ipotizzava per gli *indios* una mancanza di facoltà razionali che giustificava la loro riduzione in schiavitù[2].

2. *Il Maestro di Salamanca*

Nato nel 1483 a Burgos, Francisco de Vitoria era entrato nell'ordine domenicano nel 1504. Divenne cattedratico di teologia all'Università di Valladolid dal 1522 al 1524, quando passò all'Università di Salamanca, tenendo la cattedra fino alla morte, e divenendo uno dei protagonisti del dibattito teologico e giuridico dell'epoca. Dibattito fertilissimo, che portò alla fioritura della cosiddetta Scuola di Salamanca o Seconda Scolastica.

Il prestigio e l'autorevolezza del frate erano tali che nel 1545 Carlo V lo nominò teologo imperiale per assistere al Concilio di Trento, nonostante il teologo avesse confutato la pretesa di dominio universale dell'imperatore e contestato gli *justos títulos* della *Conquista*

[2] Cfr. J.G. DE SEPÚLVEDA, *Apologia pro libro de iustis belli causis*, in D. MAZZON (cur.), *1992-1492. Dalla realtà alla storia*, Padova 1992.

per come erano stati avanzati fino ad allora. Il frate dovette rinunciare al prestigioso incarico per le precarie condizioni di salute, morendo poco dopo, il 12 agosto 1546, nel convento di San Esteban di Salamanca[3]. La lunga lista dei seguaci di Vitoria, solo per citare alcuni nomi, comprende personalità come Domingo de Soto, Diego Covarrubias, Melchor Cano, Fernando Vázquez de Menchaca, e, fuori della penisola iberica, Ugo Grozio, su cui ebbe un'influenza determinante, sia nella formulazione della sua idea di diritto internazionale, sia nelle sue riflessioni sul *dominium*[4]. A partire dal secolo scorso si è assistito ad una importante riscoperta del pensiero del teologo salmantino. In particolar modo si è posto l'accento sul suo contributo fondamentale proprio nella nascita del diritto internazionale moderno[5].

Non è necessario sottolineare in questo luogo quanto i giuristi e gli intellettuali del *Siglo de oro*, e in particolar modo quelli legati alla cosiddetta Scuola di Salamanca, abbiano offerto contributi fondamentali alla scienza giuridica[6] e allo stesso costituzionalismo[7]. Lo

[3] M. BEUCHOT, *La querella de la conquista. Una polémica del siglo XVI*, México 1992, p. 20.

[4] R. FEENSTRA, *Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelaterlicher und spätscholasticher Quellen*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburstag*, Göttingen 1978, pp. 209-234; ID., *Grocio, Vitoria y el 'dominium' en el Nuevo Mundo*, in "Anuario Jurídico" III-IV (1976-1977), pp. 57-67.

[5] La storiografia spagnola ha insistito in particolar modo sul fondamentale apporto vitoriano, identificando nel teologo di Salamanca colui che per primo presentò il diritto internazionale in termini indubbiamente moderni: cfr. M. SÁNCHEZ-SORONDO, *Vitoria. The original Philosopher of Rights*, in K. WHITE (cur.), *Hispanic Philosophy in the Age of Discovery*, Washington 1997, p. 66. Cfr. anche R. GARCÍA VILLOSLADA, *Fray Francisco de Vitoria. Fundador del Derecho Internacional Moderno*, Madrid 1946; R. HERNÁNDEZ MARTÍN, *Francisco de Vitoria. Vida y pensamiento internacionalista*, Madrid 1995; A. GÓMEZ ROBLEDO, *Fundadores del derecho Internacional: Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio*, México 1989; J. BELDA PLANS, *La Escuela de Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XVI*, Madrid 2000, in particolare pp. 313-398; B. DÍAZ, *El internacionalismo de Vitoria en la era de la globalización*, Pamplona 2005.

[6] Sul tema la letteratura è sterminata, mi limito dunque a segnalare il fondamentale P. GROSSI (cur.), *La seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano 1973.

[7] G. AZZARITI, *Portata rivoluzionaria dell'eguaglianza: tra diritto e storia*, in "Scritti in onore di Gaetano Silvestri" I, Torino 2016, p. 84. Si consideri, ad esempio, che, secondo V. FRANKL, *El jusnaturalismo tomista de fray Francisco de Vitoria como fuente del*

storico britannico Quentin Skinner, uno dei più influenti studiosi contemporanei del pensiero politico, ha sottolineato come la Seconda scolastica spagnola sia riuscita ad instaurare un legame fra la visione teorica dell'assolutismo con la tesi apparentemente antitetica secondo cui tutte le autorità traevano la propria base dalla volontà popolare[8].

Vitoria partiva dalla riflessione di Tommaso d'Aquino e da alcuni fondamentali principii tomistici riguardanti il diritto naturale secondo cui la *lex divina*, che procede dalla *Gratia*, non annulla la *lex humana*, che deriva invece dalla *lex naturae*; quindi ciò che all'uomo deriva dalla propria *natura* non può essere tolto dal peccato. I diritti di cui ciascun essere umano è titolare – il diritto alla vita, alla proprietà, ecc. – derivavano direttamente dallo *status* di *homo*, e non dal fatto di essere parte della comunità ecclesiale. Il teologo di Salamanca aveva espresso, quindi, in ultima istanza, l'idea che la natura delle cose fosse qualcosa di indipendente da Dio stesso[9]. Per cui il peccato originale non aveva privato l'uomo dei propri diritti. Il diritto naturale diventava così indipendente rispetto alla fede ed alla Rivelazione. Questo principio permetteva a Vitoria di dedurre l'esistenza di regole internazionali di condotta moralmente inderogabili anche per coloro che non facevano parte della comunità cristiana.

Gli *indios* del Nuovo Mondo, per il frate domenicano, dovevano essere considerati uomini a pieno titolo e possedevano perciò gli stessi diritti naturali dei cristiani, avendo sulle loro terre gli stessi titoli di possesso che gli spagnoli avevano sulle proprie. Inoltre essi erano dotati di *ratio*, cosa che si manifestava evidente dalle loro istituzioni, dalle loro città, dalle magistrature.

---

plan de confederación hispanoamericana del dr. José Gaspar de Francia, in "Revista de historia de América" 37-38 (1954), pp. 162 ss., il federalismo del fondatore della Repubblica del Paraguay, José Gaspar de Francia, trova la sua fonte di ispirazione diretta nella Scuola di Salamanca. Cfr. P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismmo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000: «La Spagna del Cinquecento, con il grande pensiero dei giuristi e teologi della cosiddetta seconda scolastica, è il ponte sul quale la cultura europea passa dal Medioevo al moderno, trasmettendo ed elaborando i grandi concetti dei diritti naturali che saranno poi assimilati dal moderno giusnaturalismo e dall'Illuminismo» (p. 210).

[8] Cfr. Q. SKINNER, *Le origini del pensiero politico moderno*, vol. 2 L'età della Riforma, Bologna 1989.

[9] Cfr. F. DE VITORIA, *Relectiones morales*, II, *De homicidio*, n. 3 ss.; cfr. H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano 1965, p.141.

3. *La critica dei "giusti titoli" della* Conquista

Proprio a partire da tali presupposti venne una delle più rilevanti – per spessore dottrinale – critiche ai «giusti titoli» di conquista del Nuovo Mondo accampati fino ad allora dagli spagnoli. Una fra le prime testimonianze delle sue obiezioni la riscontriamo in una lettera inviata nel 1534 al provinciale dell'Andalusìa Miguel de Arcos. In quello scritto il domenicano riconosceva che non vi erano giusti titoli per legittimare la guerra nei confronti degli *indios*, né che l'imperatore Carlo V potesse avanzare diritti di *dominium* e *imperium* su quelle terre e su quei popoli che non lo conoscevano, né gli spagnoli potevano rivendicare alcun diritto legittimo sui beni degli indiani[10].

Sempre nel 1534, nel suo *Comentario* alla *IIa IIae* della *Summa* di Tommaso, Vitoria distingueva diverse tipologie di "infedeli": quelli che non avevano mai conosciuto la vera fede e che, quindi, non potevano essere obbligati a riceverla; quelli che non avevano mai obbedito a Dio e che potevano essere obbligati a non attaccare i cristiani e la fede; quelli che avevano rinnegato la fede, ma poiché erano stati all'interno della cristianità, erano ancora sotto la giurisdizione della Chiesa. Il teologo spagnolo confrontava le diverse opinioni dei maggiori pensatori scolastici sulla questione, identificando due posizioni principali: quella di Duns Scoto, favorevole all'obbligo della conversione per gli infedeli, e quella di San Tommaso, da lui condivisa, contraria alle costrizioni in materia di fede per le conseguenze negative che potevano derivarne (scandolo, ipocrisia, ecc.)[11]. Vitoria, inoltre, in quest'opera dava una significativa definizione di *ius* come di «illud quod licitum est per leges»[12], operando così uno slittamento concettuale in senso nominalistico e volontaristico rispetto alla sua tradizionale posizione obiettivistica che vedeva la *iustitia* come *ratio* delle *leges*[13].

---

[10] Cfr. F. DE VITORIA, *Carta a Miguel de Arcos*, in L. PEREÑA VICENTE (cur.), *La Escuela de salamanca*, *Carta Magna de los indios*. *Fuentes constitucionales, 1534-1609*, Madrid 1988, pp. 37-40.

[11] Cfr. F. DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás*, t. VI, Salamanca 1952, pp. 86 ss.

[12] Ivi, t. III, p. 64.

[13] Per un quadro delle posizioni nominalistiche ed obiettivistiche nel giusnaturalismo cfr. H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, cit., *passim*.

Il domenicano affrontava in maniera ancora più diretta la questione della *Conquista* nelle sue *Relectiones* all'Università di Salamanca, lette fra 1528 e il 1539, in cui si contestavano la validità di tutti i classici titoli di legittimazione.

Nella *Relectio de temperantia*[14] (1537-1538), il frate faceva cominciare la propria analisi dal principio di legittimazione addotto dagli spagnoli per muovere guerra nella provincia dello Yucatán. Esso si basava sull'orrore suscitato dall'antropofagia e dai sacrifici umani praticati dagli *indios*. Vitoria concordava sul fatto che l'offrire simili olocausti a Dio era contro il diritto divino e naturale[15]. Ma puntualizzava che era compito semmai degli *infideles principes* obbligare i propri sudditi ad abbandonare tali barbare usanze. Inoltre, sulla scorta di San Tommaso, escludeva che si potesse forzare una nazione a rispettare la legge divina e la legge naturale, dal momento che molti degli stessi fedeli incorrevano in peccati *contra naturam*[16]. Il teologo salmantino, nella *conclusio quinta*, giustificava comunque l'intervento armato per fermare i sacrifici umani[17], ma specificava che, se questo era qualificabile come *bellum iustum*, non era poi lecito estenderlo, occupando le terre dei *barbari* e incamerando i loro beni, né agendo diversamente da come si agiva nelle guerre contro altri cristiani, e che, qualunque fosse stato il motivo della guerra, non era mai lecito – come insegnava l'Aquinate – eccedere in essa[18].

Nelle fondamentali lezioni del 1539, pubblicate successivamente con il titolo di *Relectio de Indis*, Vitoria ritornava sulla questione dei diritti degli *indios*. Le argomentazioni del teologo salmantino poggiavano su un piano squisitamente giuridico. Anche in quelle *lectiones* il frate domenicano negava che per muovere una guerra giusta fosse titolo sufficiente il non aver accolto la religione cristiana[19].

[14] Cfr. F. DE VITORIA, *De temperantia*, in *Obras de Francisco de Vitoria: relecciones teológicas*, Madrid 1960, pp. 1024-1059.

[15] Ivi, pp. 1024-1039.

[16] Ivi, p. 1050.

[17] *Ibidem*.

[18] Ivi, pp. 1052-1053.

[19] F. DE VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior*, in *De Indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII*, E. Nys (cur.), Washington 1917, sect. II, 10, p. 248. Cfr. anche L. FERRAJOLI, *L'America, la conquista, il diritto. L'idea di sovranità nel mondo moderno*, relazione presentata alla sessione del "Tribunale permanente dei

Inoltre contestava recisamente lo *ius inventionis* su cui si era basato lo stesso Cristoforo Colombo. Quel titolo di possesso, utilizzato anche dai portoghesi per fondare la legittimità giuridica del proprio impero[20], si costituiva sul presupposto che le terre scoperte fossero *res nullius*. Un presupposto evidentemente errato, considerando che quelle terre erano degli *indios*, i quali non potevano certo dirsi "scoperti" non più di quanto lo fossero stati gli europei da parte loro[21]. Il domenicano contestava inoltre la pretesa signoria universale dell'imperatore[22] e il conseguente diritto di impadronirsi delle terre dei "barbari"[23]; contestava del pari la pretesa del potere universale del papa su barbari e infedeli[24]. Gli *indios*, tra l'altro, come potevano dirsi propriamente *infideles* dal momento che non avevano mai nemmeno sentito parlare di Cristo[25]? Né, in ogni caso, l'*infidelitas* poteva essere considerata un impedimento alla proprietà. Inoltre le Scritture consideravano perfettamente legittimi i *principes* infedeli, e gli stessi Pietro e Paolo prescrivevano di obbedire alle leggi dei principi legittimi, che allora erano tutti "infedeli"[26]. Contestava inoltre la pretesa dei *principes christiani* di poter punire i *barbari* per i peccati contro natura, visto che tali peccati erano all'ordine del giorno anche fra le popolazioni cristiane[27]. Infine, Vitoria negava la teoria che definiva gli *indios* privi di ragione, la qual cosa – ammesso pure, ma non concesso, che fosse stata vera – non privava comunque un soggetto della proprietà. Pertanto, gli *indios*, in quanto portatori di diritti naturali, erano *veri domini*, *publice et privatim*.[28]

popoli sul V centenario della Conquista dell'America", Padova-Venezia, 5-6 ottobre 1992, in «Meridiana», n. 15, Roma 1992, p. 22.

[20] Cfr. F. IZZO, *Introduzione* in U. GROZIO, *Mare liberum*, Napoli 2007, p. 18; e ivi, p. 123.

[21] F. DE VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior*, cit., sect. II, 7, p. 244.

[22] Ivi, 1, pp. 233 e 235.

[23] Ivi, p. 233 e ivi, 2, p. 238.

[24] Ivi, p. 233 e ivi, 6, p. 243.

[25] Ivi, 8, p. 246.

[26] Ivi, 7, p. 246.

[27] Ivi, p. 233 e ivi, 16, p. 252.

[28] Ivi, sect. I, 20-24, pp. 229-232.

4. *La* Communitas orbis

Nella visione del teologo salmantino l'insieme di tutte le *nationes* del mondo andava a costituire una *communitas orbis*, una comunità internazionale di *Respublicae* libere, indipendenti ed uguali, soggette al loro interno allo *ius civile* che da sé si erano date e con cui si identificavano, e soggette all'esterno ad un unico *ius gentium*, con diritti e doveri reciproci, derivanti in parte da vari accordi fra Stati e in parte dal diritto naturale[29].

Primo e fondamentale diritto di ogni nazione, derivato dallo stesso diritto naturale, era quello di conservarse la propria esistenza. Le popolazioni del Nuovo Mondo, avendo un loro governo, dei propri magistrati e delle leggi proprie, dovevano essere considerate delle *nationes* al pari di tutte le altre. Gli spagnoli, quindi, non potevano vantare alcun diritto nel ridurle a colonie, sebbene, puntualizzasse il teologo di Salamanca, le *nationes* maggiori avessero il diritto-dovere di influire su quelle minori[30]. Vitoria sostituiva l'universalismo medievale del papa e dell'imperatore con la società internazionale delle *Respublicae*, concepite come soggetti giuridici sovrani ed indipendenti, ma subordinati ad un unico *ius gentium*, derivante dalla stessa *potestas* della *respublica* universale: «habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium»[31]. Vitoria ricavava la definizione dello *ius gentium* sostituendo il termine *homines* in quello di *gentes* contenuto nella definizione di Gaio (*Inst.*, 1, 2,1): «Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium» (*De indis recenter inventis*, I, 3, 1)[32]. Prima conseguenza notevole dell'idea dell'*orbe* era il riconoscimento dello statuto giuridico internazionale delle comunità politiche non cristiane. Francisco Suárez, Alberico Gentili,

[29] J. BROWN SCOTT, *The Spanish Origin of International Law. Francisco De Vitoria and His Law of Nations*, Washington 1928[1], p. 127.

[30] Cfr. C. GIACON, *La Seconda Scolastica*, in «Grande Antologia Filosofica. Il pensiero della Rinascenza e della Riforma» vol. IX, Milano 1964, p. 2044. Per quanto riguarda la Seconda Scolastica risulta fondamentale l'opera di ID., *La Seconda Scolastica*, in 3 voll., Torino 2004.

[31] F. DE VITORIA, *De potestate civili*, in L.G. ALONSO GETINO (cur.), *Relacciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria*, Madrid 1934, t. II, § 21, p. 207.

[32] ID., *De Indis recenter inventis relectio prior*, cit., sect. III, 2, p. 257.

Ugo Grozio avrebbero in seguito ripreso l'intuizione di Vitoria della soggezione dell'intera umanità allo *ius gentium*.

Per il teologo salmantino lo *ius gentium* vincolava gli Stati non solo in forza di accordi bilaterali ma come vero e proprio *ius cogens*: «*ius gentium* […] *habet vim legis*»[33]. Il concetto stesso di *totus orbis* era inteso come una sorta di *Respublica* dotata dell'autorità di stabilire leggi eque ed universali per il bene di tutti[34].

5. *I diritti "naturali" e i (veri)* justos títulos *della* Conquista

Sulla base di questi presupposti, il domenicano fondava una serie di diritti "naturali" che offrivano, a suo avviso, dei titoli legittimi e pertinenti di conquista, in forza dei quali era stato possibile sottoporre gli indigeni all'autorità degli spagnoli. La prima tesi si basava sul principio aristotelico-tomistico della naturale socievolezza degli esseri umani, da cui discendeva il diritto di società e comunicazione tra tutti i popoli: «primus titulus potest vocari naturalis *societatis* et *communicationis*».[35] Da questo si ricavava una prima conseguenza: gli spagnoli avevano il diritto di viaggiare e di vivere dove volevano, purché non recassero nocumento, e i *barbari* non potevano proibirlo

> «*et circa hoc sit prima conclusio: Hispani habent ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi, sine aliquo tamen nocumento barbarorum, nec possunt ab illis prohiberi*»[36].

Da quel principio derivava inoltre il fatto che beni come l'acqua, il mare, i fiumi e i porti, erano comuni all'intero genere umano, per cui, da qualunque parte si provenisse, doveva essere permesso di approdare in base al diritto delle genti. Gli indigeni, quindi, avrebbero recato offesa a un "diritto naturale" degli spagnoli se avessero vietato l'accesso ai loro territori[37]. Vitoria teorizzava qui quel diritto di

[33] ID., *De potestate civili*, cit., t. II, § 21, p. 207.
[34] *Ibidem*.
[35] ID., *De Indis recenter inventis relectio prior*, cit., sect. III, 1, p. 257.
[36] *Ibidem*.
[37] Ivi, 2, pp. 257-258.

transito e di libertà dei mari che sarebbe stato fissato, in maniera ancora più esplicita, da Alberico Gentili e da Ugo Grozio[38].

La seconda tesi si fondava sulla naturalità dello *ius negotiandi*: gli spagnoli avevano il diritto di commerciare liberamente presso i *barbari* («licet Hispanis negotiari apud illos»), esportando quelle merci che là mancavano ed importando (*adducentes*) quei beni che lì esistevano in gran quantità[39].

Terza tesi: lo *ius partecipationis*. Gli spagnoli avevano il diritto di prendere parte ai beni che presso i *barbari* erano considerati «*communia*», e di appropriarsi dei beni, come l'oro e l'argento, che non erano raccolti dagli *indios*[40].

Quarta tesi: lo *ius migrandi*, ossia il diritto di trasferisrsi in quelle terre e prenderne la cittadinanza[41]. Se gli indigeni si fossero opposti a quelle norme dello *ius gentium*, gli spagnoli avrebbero potuto tentare prima di persuaderli verbalmente della intangibilità di quei diritti e, in caso di rifiuto e opposizione, ricorrere al *bellum iustum*[42], il cui fine, come insegnavano Agostino e Tommaso, doveva essere comunque la pace e la sicurezza.

A quei diritti naturali Vitoria aggiungeva altri *iura* legati al diritto divino di diffondere la fede in Cristo. *In primis* lo *ius praedicandi et nuntiandi Evangelium*, che i *barbari*, ovviamente, non potevano e non dovevano impedire[43]. Lo *ius* di *correctio fraterna* che avevano i cristiani affinché chi era in stato di perdizione potesse essere riportato sulla retta via[44]. Il teologo di Salamanca aggiungeva inoltre una postilla per il bene e la diffusione della fede: il pontefice poteva decidere di interdire ai *barbari* quegli stessi diritti elencati e definiti naturali[45]. Pur se Vitoria negava il diritto degli spagnoli di imporre la fede con la violenza e di occupare le loro terre, affermando il solo diritto di

[38] Cfr. A. GENTILI, *De iure belli libri tre,* J. Brown Scott (cur.), Oxford 1933, lib. I, cap. XIX; cfr. U. GROZIO, *Mare liberum*, cit.

[39] F. DE VITORIA, *De Indis*, cit., sect. III, 3, p. 258.

[40] Ivi, 4, p. 259.

[41] Ivi, 5, p. 260.

[42] Ivi, 6, p. 260

[43] Ivi, 9-12, pp. 262-263.

[44] Ivi, 9, p. 262.

[45] Ivi, 10, p. 262.

predicazione pacifica, indipendentemente dall'esito[46], tuttavia ribadiva il diritto di diffondere liberamente e in sicurezza la fede[47], di difendere gli *indios* convertiti dai sovrani pagani[48] e finanche di deporre questi ultimi per dare loro dei capi cristiani[49].

Nella dottrina vitoriana, l'incarico pontificio di evangelizzazione restava sostanzialmente la sola premessa giuridica che legittimava lo *ius commerci* e lo *ius propagandae fidei* come *tituli idonei ac legitimi* della *conquista* territoriale dell'America[50].

Da questo punto di vista l'argomentazione del domenicano conservava ancora una parte dell'eredità del diritto internazionale del Medioevo cristiano, fondato sul quadro internazionale della *respublica christiana*, distinta in vari territori appartenenti ai diversi principi e ai popoli cristiani. Ma, se da un lato essa ne rappresentava il culmine, al tempo stesso – come vedremo – ne era anche la fine. Lo *ius gentium* medievale sarebbe venuto meno con l'avvento dello Stato territoriale e dello *ius publicum Europaeum*, che mettevano fine a tutti i concetti specifici del diritto internazionale medievale, soprattutto alle idee di guerra giusta e dell'acquisizione legittima di territorio.

6. *La visione dello Stato e la Respublica sibi sufficiens*

All'interno della riflessione sui "giusti titoli" di conquista, Vitoria analizzava anche il tema fondamentale della legittima autorità, premessa indispensabile affinché un *bellum* potesse configurarsi giuridicamente (e moralmente) come *iustum*.

Nella seconda dissertazione sulle Indie, la *De iure belli*, la dottrina del *bellum iustum* si profilava infatti come sanzione finalizzata ad assicurare il corretto esercizio dei diritti dello *ius gentium*, dedotti razionalmente – come abbiamo osservato – dallo *ius naturae* e validi quindi nella *respublica* universale. Poiché erano gli Stati i soggetti giuridici dello *ius gentium*, Vitoria ne deduceva che solo questi avevano la potestà di dichiare guerra, negando tale possibilità ai privati che, per

[46] Ivi, 11, p. 263.
[47] Ivi, 12, p. 263.
[48] Ivi, 13, p. 264.
[49] Ivi, 14, p. 264.
[50] F. DE VITORIA, *De Indis relectio prior*, cit., sect. III, 1-12, pp. 257-263.

far valere i propri diritti, dovevano fare riferimento alle leggi civili della loro *Respublica*. Nella fondamentale interpretazione iuspolitica di Otto Brunner[51], lo studioso austriaco metteva in evidenza il fatto che il mondo politico medievale si configurava come un ordine giuridico in cui nessuna forza monopolizzava l'esercizio del potere. La violazione di quest'ordine innescava uno stato di conflitto, il quale poteva essere risolto attraverso il ricorso diretto alle armi o il ricorso di fronte a un giudice. Entrambe le soluzioni avevano comunque lo stesso valore giuridico. Il teologo di Salamanca superava nettamente quella impostazione tradizionale, togliendo così legittimità alle guerre private che per secoli avevano funestato l'Europa[52].

Il domenicano, infatti, dopo aver sottolineato le differenze fra un privato e una *Respublica* nello *ius defendendi se et sua* e nello *ius vindicandi*, affermava che quest'ultima doveva essere una comunità *sibi sufficiens* in possesso dell'autorità non solo di difendersi, ma di *vindicare et persequi iniurias*:

> «*Secunda propositio: Quaelibet Respublica habet auctoritatem indicendi et inferendi bellum. […] Respublica habet auctoritatem non solum defensionis, sed etiam vindicandi se et suos et persequendi iniurias. Quod probatur, quia, ut Aristoteles tradit (tertio Politicorum), Respublica debet esse sibi sufficiens. Sed non posset sufficienter conservare bonum publicum et statum Reipublicae, si non possit vindicare iniuriam et animadvertere in hostes; fierent enim, ut supra dictum est, mali promptiores et audaciores ad iniuriam inferendam, si possent impune hoc facere. Et ideo necessarium est ad commodam rerum mortalium administrationem, ut haec auctoritas concedatur Reipublicae*»[53].

Poco più avanti, nella *Tertia propositio*, lo studioso affrontava la questione se i principi soggetti all'imperatore potessero dichiarare in maniera autonoma una guerra. Al quesito Vitoria rispondeva in maniera decisamente affermativa:

---

[51] O. Brunner, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, 1ª ed. Baden bei Wien 1939, 5ª ed. Wien 1965 (Darmstadt 1990). Sánchez-Agesta tiene presente la 2ª edizione Breun-München-Wien 1942, e in part. pp. 21 ss., 284 ss.

[52] F. DE VITORIA, *De Indis et de iure belli relectiones*, E. Nys (cur.), cit., 5, p. 276.

[53] Ivi, 5, p. 276.

«*Et respondeo quod sine dubio possunt ut reges, qui sunt subiecti Imperatori, possunt invicem belligerare, non exspectata auctoritate Imperatoris; quia (ut dictum est) Respublica debet sibi esse sufficiens, nec sufficeret sibi sine tali facultate*»[54].

Il teologo salmantino identificava e definiva così lo Stato come una *perfecta communitas*, in sé completa e conclusa, la sola entità, *sibi sufficiens*, che avesse l'*auctoritas indicendi bellum*, con proprie leggi e priopri magistrati e non soggetta ad alcuna autorità esterna, nemmeno a quella dell'imperatore[55].

Vitoria identificava lo Stato con il suo ordinamento giuridico, a cui erano sottoposti *in primis* i *principes*[56]. Lo stesso *princeps* riceveva la propria autorità dalla *Respublica*, dalla *communitas* dei *cives*, al cui esclusivo bene doveva essere rivolta la sua azione politica[57]. Il teologo di Salamanca sottolineava, dunque, il dovere imprescindibile del *princeps* di governare per il bene comune, nel rispetto della libertà dei singoli. Dove quella *condicio* mancava egli finiva per «cives servos facere»: i cittadini erano trasformati in servi ed il principe si convertiva in tiranno. Nella terza tesi sulla terza questione, relativa alla "ragione e causa di una guerra giusta", erano evidenti gli stretti legami della riflessione vitoriana con il pensiero aristotelico e la tradizione giuridica romana:

«*Princeps debet et bellum et pacem ordinare ad bonum commune Reipublicae nec publicos redditus pro propria gloria aut comodo erogare, et multo minus cives suos periculis exponere. Hoc enim interest inter regem legittimum et tyrannum, quod tirannus ordinat regimen ad proprium quaestum et commodum; rex autem ad bonum publicum ut tradit Aristoteles (quarto Politicorum cap. 10). Item habet auctoritatem a Republica. Ergo debet uti illa ad bonum Reipublicae. Item leges debent esse "nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium" conscriptae, ut habetur Dist. 4 can. Erit autem lex, ex Isidoro. Ergo etiam leges belli debent esse pro communi utilitate et non propria principis. Item hoc different liberi a servis, ut Aristoteles tradit (primo Politicorum capp. 3 et 4) quod domini utuntur servis ad propriam utilitatem, non*

[54] Ivi, 8, p. 277.
[55] Ivi, 7-8, p. 277.
[56] Cfr. F. DE VITORIA, *De potestate civili*, cit., t. II, § 21, p. 206.
[57] F. DE VITORIA, *De Indis et de iure belli relectiones*, cit., 12, p. 278.

> *servorum, liberi autem non sunt propter alios, sed propter se. Unde quod principes abutantur civibus cogendo eos militare et pecuniam in bellum conferre, non pro publico bono, sed pro privato suo commodo est cives servos facere*»[58].

Nell'analisi dello *ius in bello* Vitoria si soffermava su ciò che poteva essere lecito fare durante una guerra. Questo non poteva essere altro che, appunto, il pubblico bene e la sua difesa, e quindi la difesa dello Stato e la sua conservazione: «In bello licet omnia facere, quae necessaria sunt ad defensionen boni publici. Haec nota est, cum ille sit finis belli, Rempublicam defendere et conservare»[59].

Allo stesso modo il *princeps* non aveva maggiore autorità verso i popoli stranieri, e, come non poteva usare la spada contro i suoi che non avevano colpe, allo stesso modo non poteva farlo verso nazioni straniere.[60] In quanto il suo ruolo, anche di fronte alle altre nazioni, era quello di *iudex*, esattamente come lo era per il suo popolo[61]: «et hoc iure gentium et orbis totius auctoritate».[62]

Il *princeps* di siffatta *Respublica* poteva muovere il *bellum iustum* solo sulla base di *iniura gravia et atrocia*[63] allo stesso modo dell'azione di un *iudex* in una causa[64]. In questo senso la guerra giusta si configurava come un'azione giuridica volta a riparare un danno, tutt'altro che in assenza di leggi ma totalmente soggetta allo *ius in bello*, finalizzata al ripristino della pace e della sicurezza, senza coinvolgere le parti inoffensive della *communitas* come donne, bambini, agricoltori.[65] Vi era coincidenza ontica, dunque, fra *princeps* e *iudex*: «notandum quod principes non solum habent auctoritatem in suos, sed etiam in extraneos, ad coercendum illos, ut abstineant se ab iniuriis, et hoc iure gentium et orbis totius auctoritate».[66] Non poteva essere ammessa, nella fattispecie di guerra giusta, quella per la semplice diversità di

[58] Ivi, 12, pp. 278-279.
[59] Ivi, 15, p. 279.
[60] Ivi, 13, p. 279.
[61] Ivi, 19, pp. 280-281.
[62] Ivi, 19, p. 281.
[63] Ivi, 14, p. 279.
[64] Ivi, 17, p. 280.
[65] Ivi, 18, p. 280 e 35-37, pp. 287-288.
[66] Ivi, 19, pp. 280-281.

religione («causa justi belli non est diversitas religionis»[67]), o per la «amplificatio imperii»[68], in quanto l'*auctoritas* del *princeps* promanava dalla stessa *communitas* costituita politicamente in *Respublica* indipendente e sovrana, finalizzata esclusivamente al bene comune, e, come il giudice era soggetto ed interprete delle leggi dello Stato, così lo Stato stesso che entrava in guerra era soggetto allo *ius gentium* promanante da quella *respublica* universale che era lo stesso genere umano.

Nella visione del teologo salmantino il *princeps* si configurava come un *legitimus iudex* sia verso l'interno, nei confronti dei propri sudditi, sia verso l'esterno, nei confronti degli aggressori:

> «*Item, si quis esset legitimus iudex utriusque partis gerentis bellum, deberet condemnare iniustos aggressores et auctores iniuriae, non solum ad restituendas res ablatas, sed etiam ad resarciendum impensam belli et omnia damna. Sed princeps, qui gerit iustum bellum, habet se in causa belli tanquam iudex, ut statim dicemus. Ergo etiam ille potest omnia illa ab hostibus exigere*»[69].

Per cui il *princeps* possedeva oltre che una *auctoritas* interna allo Stato, un'*auctoritas* nei confronti degli stranieri, per impedire che questi potessero commettere offese: «*principes non solum habent auctoritatem in suos, sed etiam in extraneos, ad coërcendum illos, ut abstineant se ab iniuriis, et hoc iure gentium et orbis totius auctoritate*»[70]. Il *princeps*, inoltre, aveva non solo il compito di recuperare i beni materiali sottratti, ma anche di difendere l'onore della *Respublica*: «*Princeps autem non solum res alias, sed honorem et auctoritatem Reipublicae defendere tenetur et conservare*»[71].

7. *Conclusioni*

Con Francisco de Vitoria veniva esplicitamente fondata la concezione del potere pubblico come comunità politica con un potere sufficiente e indipendente (*exento*). Secondo Pierre Mesnard il teologo

[67] Ivi, 10, p. 278.
[68] Ivi, 11, p. 278.
[69] Ivi, 17, p. 280.
[70] Ivi, 19, pp. 280-281.
[71] Ivi, 19, p. 281.

salmantino fissava le proprie intuizioni sull'autosufficienza delle *Respublicae* a fondamento della teoria della "sovranità" dei singoli Stati, intesi come unici soggetti di diritto pubblico. Visione che sarebbe stata sviluppata in tempi successivi anche da Bodin: «Non troviamo la minima traccia d'un'autorità internazionale che possa imporre il proprio arbitrato alle parti o almeno intervenire con successo per evitare i conflitti o stabilire le sanzioni»[72].

Vitoria, pur credendo alla forza dello *ius gentium*[73], non concepiva la necessità di un super-Stato, né di un organo di cooperazione internazionale. Nella sua visione il diritto di dichiarare guerra era la *condicio sine qua non* dell'autonomia politica. Nulla dunque dovrebbe opporsi dal di fuori o sovrapporsi alla *Respublica*: né Impero, né Papato ierocratico, né alcuna entità superstatale.

> «*Dal punto di vista che qui ci interessa, quello dell'autorità politica, nulla permette di contestare alla società civile il suo carattere di "comunità perfetta", ed appunto questo carattere costituisce il miglior supporto dell'idea di sovranità. […] È dunque perfetto lo Stato o la comunità che, da solo, forma un tutto, cioè che non fa parte di un altro Stato, ma possiede le sue leggi, i suoi organismi, i suoi magistrati*»[74].

È questo un punto fondamentale della visione giuridica e politica di Vitoria. Nel diritto internazionale moderno, venendo a mancare un'autorità universale legittima, veniva meno anche lo *ius ad bellum* – ancora teoricamente previsto da Vitoria – e sarebbe rimasto solo lo *ius in bello*, che doveva limitare gli eccessi e gli abusi durante il conflitto. Tuttavia, nella visione del teologo salmantino, con il *princeps* considerato legittimo *index in causa propria*, veniva meno *de facto* anche lo *ius ad bellum*. Superando la visione tradizionale del *bellum iustum*, che avrebbe invece previsto un giudice *super partes*, ogni guerra diventava "giusta" per il sovrano che la dichiarava.

La riflessione del teologo salmantino si poneva, quindi, come uno snodo fondamentale nel passaggio da una concezione "medievale"

---

[72] P. MESNARD, *Il pensiero politico rinascimentale*, vol. 2, Bari 1964. p. 128.

[73] «Ius gentium […] habet vim legis» F. DE VITORIA, *De potestate civili*, cit., t. II, § 21, p. 207.

[74] P. MESNARD, *Il pensiero politico*, cit., pp. 128-129.

dello *ius gentium*, a una concezione "moderna", che si sarebbe sviluppata successivamente, nei termini di uno *ius publicum europaeum*.

> «*Soltanto con l'abbandono delle premesse teologico-morali e cosmopolite della dottrina medievale del iustum bellum, si sarebbe affermato in Europa, a partire dal XVII secolo, il "diritto internazionale interstatale". Dato ormai per scontato che in assenza di una autorità morale universale tutti i contendenti avrebbero considerato giusta la propria guerra - bellum utriquem iustum - il diritto internazionale interstatale (e non più cosmopolitico) si concentrò sulla definizione di regole esclusivamente formali e procedurali*»[75].

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AZZARITI G., *Portata rivoluzionaria dell'eguaglianza: tra diritto e storia*, in "Scritti in onore di Gaetano Silvestri" I, Torino 2016; BELDA PLANS J., *La Escuela de Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XVI*, Madrid 2000; BEUCHOT M., *La querella de la conquista. Una polémica del siglo XVI*, México 1992; J. BROWN SCOTT, *The Spanish Origin of International Law. Francisco De Vitoria and His Law of Nations*, Washington 1928; DÍAZ B., *El internacionalismo de Vitoria en la era de la globalización*, Pamplona 2005; FEENSTRA R., *Grocio, Vitoria y el 'dominium' en el Nuevo Mundo*, in "Anuario Jurídico" III-IV (1976-1977); ID., *Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelaterlicher und spätscholasticher Quellen*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburstag*, Göttingen 1978; FERRAJOLI L., *L'America, la conquista, il diritto. L'idea di sovranità nel mondo moderno*, relazione presentata alla sessione del "Tribunale permanente dei popoli sul V centenario della Conquista dell'America", Padova-Venezia, 5-6 ottobre 1992, in «Meridiana», n. 15, Roma 1992; FRANKL V., *El jusnaturalismo tomista de fray Francisco de Vitoria como fuente del plan de confederación hispanoamericana del dr. José Gaspar de Francia*, in "Revista de historia de América" 37-38 (1954); VILLOSLADA R. GARCÍA, *Fray Francisco de Vitoria. Fundador del Derecho Internacional Moderno*, Madrid 1946; GENTILI A., *De iure belli libri tre,* J. Brown Scott (cur.), Oxford 1933; GIACON C., *La Seconda Scolastica*, in «Grande Antologia Filosofica. Il pensiero della Rinascenza e della Riforma» vol. IX, Milano 1964; ID., *La Seconda Scolastica*, in 3 voll., Torino 2004; GÓMEZ ROBLEDO A., *Fundadores del derecho Internacional: Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio*, México 1989; P. GROSSI (cur.), *La seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano 1973;

[75] D. ZOLO, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milano 1995, p. 99

GROZIO U., *Mare liberum*, Napoli 2007; HANKE L., *Las teorías políticas de Bartolomé de Las Casas*, Buenos Aires 1935; HERNÁNDEZ MARTÍN R., *Francisco de Vitoria. Vida y pensamiento internacionalista*, Madrid 1995; MESNARD P., *Il pensiero politico rinascimentale*, vol. 2, Bari 1964; P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismmo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000; SÁNCHEZ-SORONDO M., *Vitoria. The original Philosopher of Rights*, in K. WHITE (cur.), *Hispanic Philosophy in the Age of Discovery*, Washington 1997; DE SEPÚLVEDA J.G., *Apologia pro libro de iustis belli causis*, in D. MAZZON (cur.), *1992-1492. Dalla realtà alla storia*, Padova 1992; Q. SKINNER, *Le origini del pensiero politico moderno*, vol. 2 L'età della Riforma, Bologna 1989; DE VITORIA F., F. DE VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior*, in *De Indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII*, E. Nys (cur.), Washington 1917; ALONSO GETINO L.G. (cur.), *Relacciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria*, Madrid 1934; ID., *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás*, t. VI, Salamanca 1952; ID., *De temperantia*, in *Obras de Francisco de Vitoria: relecciones teológicas*, Madrid 1960; ID., *Carta a Miguel de Arcos*, in L. PEREÑA VICENTE (cur.), *La Escuela de salamanca*, *Carta Magna de los indios. Fuentes constitucionales, 1534-1609*, Madrid 1988; WELZEL H., *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano 1965; ZOLO D., *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milano 1995.

ABSTRACT

Il pensiero giuridico e politico di Francisco de Vitoria rappresenta un punto di svolta fondamentale del diritto pubblico e internazionale. Molti studiosi identificano, infatti, nella sua riflessione l'atto di nascita del moderno diritto internazionale. Se da un lato il pensiero del Maestro di Salamanca rappresentava ancora il culmine dello *ius gentium* medievale, fondato sul presupposto della *respublica christiana* internazionale, allo stesso tempo ne era anche la fine. Riconoscendo al princeps il ruolo di legittimo iudex in causa propria, veniva esplicitamente fondata la concezione del potere pubblico come comunità politica con un potere sufficiente e indipendente (exento) rispetto a qualsiasi presunta autorità universale, superando de facto la visione tradizionale del *bellum iustum*. Il pensiero di Vitoria si pone, quindi, come uno snodo fondamentale nel passaggio da una concezione "medievale" dello *ius gentium,* a una concezione "moderna", che si sarebbe sviluppata successivamente, nei termini di uno *ius publicum europaeum*.

The legal and political thinking of Francisco de Vitoria represents a fundamental turning point in public and international law. In fact, many scholars identify in his reflection the birth of modern international law. If on the one hand the thought of the Master of

Salamanca still represented the culmination of the medieval ius gentium, founded on the assumption of the international respublica christiana, at the same time it was also the end of it. By recognizing the role of princeps as legitimate iudex in its own cause, the conception of public power as a political community with sufficient and independent power (exento) respect to any presumed universal authority, was explicitly founded, surpassing de facto the traditional vision of the bellum iustum. Vitoria's thought therefore arises as a fundamental junction in the passage from a "medieval" conception of the ius gentium, to a "modern" conception, which would have developed subsequently, in terms of a ius publicum europaeum.

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA
Anno II – Num. 2 – 2020

[*online*] ISSN 2704-8667
www.istituzionidirittoeconomia.eu

Giurisprudenza annotata

Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria, 20 gennaio 2020, n. 2 – *Presidente* Patroni Griffi – *Estensore* Lotti
Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria, 20 gennaio 2020, n. 4 – *Presidente* Patroni Griffi – *Estensore* Lageder.

ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ – OCCUPAZIONE – OCCUPAZIONE ACQUISITIVA – CESSAZIONE ILLECITO PERMANENTE - RINUNCIA ABDICATIVA – CONFIGURABILITÀ – ESCLUSIONE.

Per le fattispecie disciplinate dall'art. 42-bis t.u. espropriazioni, l'illecito permanente dell'Autorità viene meno nei casi da esso previsti (l'acquisizione del bene o la sua restituzione), salva la conclusione di un contratto traslativo tra le parti, di natura transattiva e la rinuncia abdicativa non può essere ravvisata.
Per le fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 42-bis d.p.r. n. 327/2001 la rinuncia abdicativa del proprietario del bene occupato sine titulo dalla pubblica amministrazione, anche a non voler considerare i profili attinenti alla forma, non costituisce causa di cessazione dell'illecito permanente dell'occupazione senza titolo.

* * *

GIOVANNA ARIEMMA [*]

OCCUPAZIONI SINE TITULO E TUTELA DEL PRIVATO: L'AMMISSIBILITÀ DELLA RINUNCIA ABDICATIVA IN MATERIA DI ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'espropriazione per pubblica utilità e la qualificazione del diritto di proprietà secondo l'ordinamento interno e sovranazionale. – 3. Dalle c.d. espropriazioni indirette agli artt. 43 e 42-bis d.p.r n. 327/2001. – 4. L'ammissibilità della rinuncia abdicativa: evoluzione giurisprudenziale. – 5. Le plenarie del 20 gennaio 2020 non ammettono la rinuncia abdicativa nel sistema degli espropri. - 6. Conclusioni.

[*] Cultore della materia in Diritto urbanistico presso il Dipartimento di Architettura dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

1. Premessa

Il dibattito sull'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà in materia di espropriazione per pubblica utilità sottende la necessità, propria dell'ordinamento pubblico, di contemperare opposti interessi. Difatti la pubblica amministrazione, nell'esercizio del potere autoritativo di cui è titolare, è alla continua ricerca di un equilibrio tra il perseguimento del pubblico interesse e la contrapposta esigenza di rispettare il diritto di proprietà del privato, considerato dalla Corte Europea quale diritto fondamentale della persona.

Alla tematica in parola fa da sfondo l'annosa questione delle c.d. espropriazioni indirette, create dalla giurisprudenza per far fronte alle ipotesi in cui la p.a., discostandosi dal procedimento ordinario regolato dalla legge e caratterizzato dall'adozione di un provvedimento formale, acquisisce il bene in seguito all'irreversibile trasformazione del fondo. Il riferimento è agli istituti dell'occupazione *sine titulo*, ovvero occupazione acquisitiva o accessione invertita e occupazione usurpativa, che la Corte EDU ha stigmatizzato come illegittime, rendendo indispensabile l'intervento del legislatore con gli artt. 43 prima e 42-*bis* poi nel d.p.r. n. 327/2001 (t.u. espropriazioni). Tuttavia, nonostante la codificazione di quella che è stata definita "*una procedura espropriativa necessariamente semplificata nelle forme ma complessa negli esiti*"[1], viene ancora una volta posta l'attenzione sulla possibilità di una rinuncia abdicativa come atto implicito nella proposizione in giudizio, da parte del privato la cui area sia stata occupata *sine titulo*, della domanda di risarcimento del danno per equivalente conseguente alla perdita della proprietà illecitamente occupata dalla p.a. in seguito all'irreversibile trasformazione del fondo.

In sostanza si pone la necessità di capire se tra le cause di estinzione del fatto illecito perpetrato dalla p.a. sia possibile collocare, oltre agli strumenti pacifici della restituzione del fondo, della conclusione di un contratto traslativo e del provvedimento *ex* art. 42-*bis* t.u. espr., anche l'istituto civilistico della rinuncia abdicativa, cui il privato potrebbe ricorrere nelle ipotesi in cui non abbia interesse alla restituzione del

[1] Corte Cost., sent. 30/04/2015, n. 71.

bene, ormai trasformato, e la p.a. utilizzatrice del bene non addivenga alla adozione del provvedimento di acquisizione.

Sul punto, le sentenze dell'Adunanza plenaria del 20 gennaio 2020 nn. 2 e 4 escludono dal tema d'indagine l'ammissibilità in generale, ovvero sotto il profilo civilistico, della rinuncia al diritto di proprietà su un bene immobile, in quanto, benché non vi sia una norma *ad hoc*, la dottrina prevalente è orientata in senso favorevole[2]. Si tratta di un negozio giuridico unilaterale attraverso il quale, il rinunciante, esclude un diritto dal suo patrimonio, senza che lo stesso sia trasferito in capo ad altro soggetto[3] o si estingua: l'effetto essenziale è costituito

[2] Cons. Stato, Adunanza plenaria, 20/01/2020, n. 4 secondo cui "la dottrina civilistica prevalente, argomentando da una serie di indici normativi – tratti dagli artt. 827, 923, 1350 n. 5) e 2643 n. 5), Cod. civ., nonché dalle norme che prevedono fattispecie di c.d. abbandono liberatorio, quali gli artt. 1170, 882, 550 e 1004 Cod. civ. – propende per l'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto dominicale, che assume i tratti di una rinuncia traslativa nei casi di abbandono liberatorio (infatti, in queste ultime ipotesi la rinuncia alla proprietà del bene immobile non ne produce la 'vacanza', ma l'acquisto della sua titolarità in capo, rispettivamente, al proprietario del fondo dominante, al proprietario confinante, agli altri eredi o legatari e agli altri comproprietari)". Altresì CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La rinuncia alla proprietà e ai diritti reali di godimento* studio n. 216-2014/C, in *notariato.it*, 2014 afferma che con riferimento all'oggetto della rinuncia abdicativa, "gli interpreti concordano sulla generale rinunziabilità dei diritti reali. Deve ritenersi anzitutto suscettibile di rinunzia abdicativa il diritto di proprietà. A sostegno di tale conclusione possono addursi molteplici argomenti quali il carattere disponibile del diritto in esame; la previsione da parte del legislatore di specifiche ipotesi, sia pure peculiari, di rinunzia al diritto di proprietà (artt. 882-1104 c.c.); la circostanza che per escludere la rinunziabilità in relazione alle parti comuni dell'edificio il legislatore è dovuto intervenire espressamente (art. 1118 c.c.); la disparità di trattamento che si creerebbe altrimenti rispetto ai beni mobili, dei quali è indiscutibile la possibilità di abbandono; l'espresso riferimento contenuto negli artt. 1350 e 2643 c.c.".

[3] Il carattere traslativo-derivativo dell'acquisto e la natura contrattuale segnano la distinzione tra la rinuncia abdicativa e quella traslativa. In tal senso, M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2014, 40 ss, secondo cui, se la causa del negozio è esclusivamente abdicativa, l'unica funzione è la dismissione del diritto; invece, se la rinuncia si collega ad altri negozi (ad es. si rinuncia ad un diritto dietro pagamento di un corrispettivo), allora presuppone una relazione con un'altra parte, per cui la causa dismissiva viene meno o è alterata – perché non è più unica o esclusiva - e di conseguenza non si può più parlare di rinuncia in senso stretto. Ancora, CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La rinuncia alla proprietà e ai diritti reali di godimento* studio n. 216-2014/C, cit., ritiene che laddove il negozio rinunciativo sia inserito in un contratto sinallagmatico perderebbe la sua natura e la

dall'abdicazione della situazione giuridica di cui è titolare, mentre gli ulteriori effetti estintivi o modificativi del rapporto che possono incidere sui terzi, sono conseguenze riflesse, non direttamente ricollegabili al negozio rinunziativo. Quest'ultimo si caratterizza altresì per essere non recettizio, con la conseguenza che l'effetto in capo al terzo si produce *ipso iure*, ovvero a prescindere dalla volontà del rinunciante come effetto di legge e non richiede la conoscenza né l'accettazione da parte del terzo[4]. Difatti, ai sensi dell'art. 827 c.c. si realizza un acquisto a titolo originario dell'immobile in capo allo Stato, quale effetto mediato della rinuncia che trova fondamento nella legge.

Ecco perché è necessario conciliare tale aspetto di acquisto del bene in capo allo Stato con l'acquisizione *ex* art. 42-*bis* t.u. espropriazioni, in cui si realizza per definizione un trasferimento coattivo della proprietà dal privato all'amministrazione in possesso del bene, che può anche essere un ente diverso dallo Stato.

2. *L'espropriazione per pubblica utilità e la qualificazione del diritto di proprietà secondo l'ordinamento interno e sovranazionale*

L'espropriazione per pubblica utilità è un procedimento a carattere ablatorio, attraverso il quale si realizza un trasferimento coattivo a titolo originario della proprietà di un bene dal privato alla pubblica amministrazione, per il perseguimento di scopi pubblici e dietro la corresponsione di un indennizzo. Il diritto reale dell'espropriato, dunque, si converte in un credito ad una somma di danaro a titolo di indennità[5].

sua causa propria. Esso troverebbe giustificazione nella controprestazione e non potrebbe considerarsi autentica rinunzia, quanto piuttosto un negozio dispositivo (cd. rinunzia traslativa).

[4] Cons. Stato, Adunanza plenaria, 20/01/2020, n. 2, nonché D. RIVA, *Rinuncia abdicativa al diritto di proprietà*, in *federnotizie.it*, 2018; S. SASSO, *L'ammissibilità della rinunzia abdicativa tra diritto civile e diritto amministrativo*, in *diritto.it*, 2020; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La rinuncia alla proprietà e ai diritti reali di godimento* studio n. 216-2014/C, cit.

[5] In argomento M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit.; L. FACONDINI, *Espropriazione per pubblica utilità, cessione volontaria dell'immobile e rinuncia abdicativa: i recenti approdi giurisprudenziali*, in *diritto.it*, 2020; M. MIGNANELLI, *L'espropriazione per pubblica utilità nella giurisprudenza*, in *gazzettamministrativa.it*, 2018.

Tale istituto è quindi espressione del ruolo servente svolto dalla pubblica amministrazione che agisce in maniera "funzionalizzata" al perseguimento dei fini pubblici, con il potere di sacrificare i diritti dei privati che siano d'intralcio per l'interesse della collettività.

L'espropriazione è lo strumento che piega le istanze personalistiche agli interessi pubblici, ma per fare ciò, è necessario il rispetto del procedimento tipico, esaustivo e tassativo che il legislatore ha codificato nel d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327, il quale agli artt. 8 e 23 disegna una sequenza di fasi rigidamente scandagliate.

Si tratta di un procedimento che inizia con l'apposizione, ad opera della pubblica amministrazione, di un vincolo preordinato all'esproprio che discende dall'approvazione del piano urbanistico generale o una sua variante che prevede la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità. Ha una durata di cinque anni ed entro tale termine può essere emanato il provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera[6]. Questo atto è comunque presupposto di legittimità per il prosieguo della procedura, ed infatti in esso è inserito il termine per l'emanazione del decreto preordinato all'esproprio, ma in sua mancanza, l'art. 13 d.p.r. 327/2001 prevede sia di cinque anni.

Divenuto efficace l'atto che dichiara la pubblica utilità, l'autorità espropriante determina in via provvisoria l'indennità, la quale va calcolata nella misura del valore del bene ed accettata, salvo eccezioni, dal privato. Infine la procedura si chiude con l'emanazione del decreto di esproprio che attribuisce al privato il diritto ad esigere l'indennità da parte della p.a..

[6] Può accadere che l'amministrazione reiteri i vincoli espropriativi scaduti, tuttavia, la Corte Costituzionale con la sentenza del 20 maggio 1999 n. 179 ha affermato il principio secondo cui "*nel caso di reiterazione di un vincolo preordinato all'esproprio o di un vincolo sostanzialmente espropriativo è dovuta al proprietario un'indennità, commisurata all'entità del danno effettivamente prodotto*". Altresì l'Adunanza plenaria del 24 maggio 2007 n. 7 ha evidenziato che la reiterazione dei vincoli espropriativi richiede un'idonea istruttoria e un'adeguata motivazione che faccia escludere un contenuto vessatorio o comunque ingiusto dei relativi atti, occorrendo l'effettiva cura di un pubblico interesse, "*dovendo l'amministrazione evidenziare l'attualità dell'interesse pubblico da soddisfare, in quanto si va ad incidere sulla sfera giuridica di un proprietario che già per un quinquennio è stato titolare di un bene suscettibile di dichiarazione di pubblica utilità e successivamente di esproprio*".

Pertanto, il procedimento di espropriazione ordinario parte dal vincolo preordinato all'esproprio passa per la dichiarazione di pubblica utilità e la determinazione provvisoria dell'indennità, fino a giungere al decreto di esproprio[7], realizzando così la compressione più radicale della proprietà privata.

Ciò trova fondamento nell'art. 42 Cost. in cui il diritto di proprietà, collocato nel Titolo III, è disciplinato nel Titolo dedicato ai rapporti economici, scorporato quindi dai diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo - inseriti tra i principi fondamentali della Costituzione - e dai rapporti civili di cui al Titolo I[8]. Quanto al contenuto del diritto di proprietà, un ruolo determinante è svolto dal principio della funzione sociale[9] che legittima i limiti allo stesso in forza della prevalenza di interessi generali: la proprietà non è più intesa come volontà assoluta ed insindacabile del proprietario sul bene finalizzata a soddisfare i suoi desideri individuali[10], ma si apre agli interessi collettivi. Difatti, l'art. 42 Cost. al comma secondo contiene la garanzia costituzionale della

[7] Art. 8 d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327, le fasi del procedimento espropriativo: "*Il decreto di esproprio può essere emanato qualora: a) l'opera da realizzare sia prevista nello strumento urbanistico generale, o in un atto di natura ed efficacia equivalente, e sul bene da espropriare sia stato apposto il vincolo preordinato all'esproprio; b) vi sia stata la dichiarazione di pubblica utilità; c) sia stata determinata, anche se in via provvisoria, l'indennità di esproprio*".

[8] A. TORTORA, *L'espropriazione per pubblica utilità: dalle espropriazioni indirette all'acquisizione sanante. Il nuovo art. 42bis del d.p.r. 327/2001 supera il vaglio della Corte Costituzionale e della giurisprudenza amministrativa*, in *dirittoamministrativo.it*, 2015; RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 879.

[9] In argomento G. ALPA, M. BESSONE, A. FUSARO, *Costituzione economica e diritto di proprietà: la funzione sociale della proprietà*, in *altalex.com*, 2004; A. FINOCCHIARO, *Il diritto di proprietà nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *cortecostituzionale.it*, 2009.

[10] A. TORTORA, *L'espropriazione per pubblica utilità: dalle espropriazioni indirette all'acquisizione sanante. Il nuovo art. 42bis del d.p.r. 327/2001 supera il vaglio della Corte Costituzionale e della giurisprudenza amministrativa*, cit. afferma che il diritto di proprietà, nella sua configurazione tradizionale, era concepito come sostanzialmente inviolabile; il ricorso allo strumento ablatorio era considerato meramente eccezionale e subordinato, comunque, alla condizione della corresponsione di una giusta indennità al proprietario. Tale concezione inizia a mutare nel codice civile del 1942, la cui relazione pone espresso risalto alla funzione sociale della proprietà, rivelando l'avvio del processo di superamento del modello individualistico dello *ius dominicalis*. Detta evoluzione culmina con la svolta ideologica segnata dall'emanazione della Costituzione repubblicana nel 1948.

proprietà privata[11], che si estrinseca nel riconoscimento del diritto e nell'attribuzione al legislatore del potere di stabilire i "*modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*". Al comma terzo, altresì, è evidente il rilievo che la Costituzione riserva all'interesse pubblico, in presenza del quale si consente il massimo sacrificio del diritto di proprietà attraverso un provvedimento ablatorio di espropriazione, nei casi preveduti dalla legge e salvo indennizzo[12]. Pertanto, la collocazione della norma, da un lato, e il riferimento alla funzione sociale, dall'altro, dimostrano che l'ordinamento interno accoglie una concezione del diritto di proprietà, non più come diritto fondamentale dell'individuo espressione della sua personalità, ma come diritto economico-sociale.

Tale modello tuttavia va oggi confrontato con la diversa concezione dell'ordinamento sovranazionale, in cui il diritto di proprietà è collocato tra le libertà fondamentali senza alcun riferimento alla funzione sociale[13]: l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce infatti che "*ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale*". Altresì secondo l'art. 1 del 1° Prot. add. alla Conv. eur. dir. uomo "*ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni Precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende*".

[11] Per un maggiore approfondimento C. SALVI, *La proprietà privata: diritto di libertà o funzione sociale*, in *astrid-online.it*, 2009.

[12] Allo stesso modo l'art. 834 c.c. subordina la privazione dei beni alla sussistenza di una causa di pubblico interesse legalmente dichiarata, nonché al pagamento di una giusta indennità.

[13] In argomento, I. DHIMGJINI, *Il diritto di proprietà nell'ordinamento giuridico europeo*, in *altalex.com*, 2013.

Ne deriva che l'inserimento del diritto di proprietà nel Titolo delle libertà nella Carta dir. UE e l'assenza di ogni riferimento alla funzione sociale, nonché la collocazione nel Prot. add. alla CEDU delineano una concezione liberale della proprietà che assume il rango di diritto inviolabile della persona: a livello europeo dunque l'attenzione è posta sui diritti del proprietario comprimibili solo per causa di pubblico interesse e all'esito di una procedura espressamente disciplinata dalla legge[14].

Ebbene, proprio il diverso approccio riservato al diritto di proprietà ha visto il susseguirsi nel tempo di un acceso confronto tra la giurisprudenza nazionale e la Corte EDU in tema di espropriazioni con particolare riferimento al fenomeno delle c.d. espropriazioni indirette o occupazione *sine titulo*.

3. *Dalle c.d. espropriazioni indirette agli artt. 43 e 42-bis d.p.r n. 327/2001*

Quando l'autorità espropriante utilizza un bene immobile per scopi di interesse generale, come la realizzazione di un'opera pubblica, sorgono problemi nel caso in cui la stessa non applichi le garanzie previste dal procedimento espropriativo ma compia, comunque, una trasformazione della proprietà occupata anche in maniera irreversibile. Ecco perché la giurisprudenza di legittimità ha creato degli istituti per far fronte a situazioni di fatto in cui un bene immobile è stato oggetto di una procedura ablatoria illegittima che lo ha trasformato (c.d. occupazione appropriativa o accessione invertita), ovvero è stato sottratto attraverso un'attività materiale di occupazione e trasformazione compiuta dal soggetto pubblico espropriante (c.d. occupazione usurpativa)[15]. La necessità dunque è stata di contemperare i problemi legati alla lesione del diritto di proprietà

[14] A. TORTORA, *L'espropriazione per pubblica utilità: dalle espropriazioni indirette all'acquisizione sanante. Il nuovo art. 42bis del d.p.r. 327/2001 supera il vaglio della Corte Costituzionale e della giurisprudenza amministrativa*, cit.

[15] In argomento G. MARI, *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016; A. TORTORA, *L'espropriazione per pubblica utilità: dalle espropriazioni indirette all'acquisizione sanante. Il nuovo art. 42bis del d.p.r. 327/2001 supera il vaglio della Corte Costituzionale e della giurisprudenza amministrativa*, cit.; M. MIGNANELLI, *L'espropriazione per pubblica utilità nella giurisprudenza*, cit.

conseguente all'occupazione senza titolo e alla trasformazione dell'immobile per scopo di pubblica utilità, con il riconoscimento di un'adeguata riparazione sul piano economico del proprietario[16].

In particolare, l'occupazione appropriativa rappresenta l'esempio più rilevante di espropriazione indiretta creato dalla giurisprudenza[17], utilizzando il grimaldello dell'accessione invertita per dare prevalenza alle ragioni d'interesse pubblico perseguite dalla p.a.: diversamente dal principio civilistico *superficies solo cedit*[18], la proprietà del fondo passa alla proprietà dell'edificio su cui questo è costruito; ne deriva che l'amministrazione diviene proprietaria del bene avendo costruito sul fondo del privato un'opera pubblica.

Tale indirizzo ermeneutico fu inaugurato perché frequentemente la pubblica amministrazione si immetteva nel possesso del bene, lo trasformava in maniera irreversibile, ma non completava il procedimento di esproprio con l'emanazione del relativo decreto[19]; per cui il privato, a fronte dell'irreversibile trasformazione del bene, perdeva la proprietà, nonostante la mancanza di un titolo idoneo a determinare il trasferimento dalla sfera privata a quella pubblica[20]. Si

[16] Cons. Stato, Adunanza plenaria, 20/01/2020, n. 4 chiarisce che la giurisprudenza più risalente di questo Consiglio di Stato (*ex multis*: Sez. IV, 17 gennaio 1978, n. 14 e 19 dicembre 1975, n. 1327) conosceva l'istituto dell'espropriazione in sanatoria, che consentiva l'emanazione *ex post* di un decreto di espropriazione avente efficacia retroattiva, in presenza di opere pubbliche realizzate sulla base di un'occupazione d'urgenza scaduta o di un'occupazione abusiva. Tuttavia secondo la Plenaria, tale giurisprudenza, se per un verso regolarizzava la posizione dell'amministrazione, dall'altro presentava limiti per la tutela del privato, in quanto restava proprietario del bene occupato, aveva diritto al solo risarcimento del danno determinato dalla perdita del godimento del bene ed era comunque soggetto alla tardiva emanazione del decreto di esproprio.

[17] Cass. civ., sez. un., 26/02/1983, n. 1464, in *Foro.it*, 1983, I, 626, con nota di R. ORIANI, successivamente, *ex plurimis* Cass. civ., sez. un., 10/06/1988, n. 3940, e 25/11/1992, n. 12546.

[18] Tale principio è enunciato dall'art. 934 c.c. secondo cui "*qualunque piantagione, costruzione, od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo*". Un'eccezione al principio è prevista dal legislatore in ipotesi di accessione invertita ex art. 938 c.c..

[19] M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014, 147 ss.

[20] Per una chiara ricostruzione della storia degli effetti dell'occupazione *sine titulo* della proprietà privata, Cons. Stato, Adunanza plenaria, 20/01/2020, n. 4, par. 12 a par. 15.

trattava tuttavia di fattispecie di illegittimità meno gravi del procedimento espropriativo, poiché l'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera emergeva dalla dichiarazione di pubblica utilità idonea a conferire alla stessa effettiva natura pubblica, anche se non seguita da un formale atto ablativo. Inoltre, uno dei presupposti era costituito dall'irreversibile trasformazione del bene del privato, per la sussistenza del quale non era sufficiente una semplice manipolazione o il suo utilizzo per soddisfare interessi generali, ma occorreva che "*l'opera dichiarata di pubblica utilità, anche se non ultimata, fosse emersa come strutturalmente e fisicamente nuova, così da evidenziare l'incompatibilità con essa dell'autonoma sopravvivenza del fondo inglobato*"[21]. Tale trasformazione, secondo la Suprema Corte[22], da un lato comportava l'estinzione del diritto di proprietà del privato e l'acquisizione a titolo originario in capo all'ente, dall'altro costituiva un illecito istantaneo con effetti permanenti che abilitava il privato a chiedere, nel termine prescrizionale di cinque anni, il risarcimento del danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà[23].

[21] L'Adunanza plenaria, 20/01/2020, n. 4, nota che il rigore nell'interpretazione di tale presupposto valeva ad escludere l'occupazione acquisitiva in presenza di modifiche non irreparabili del bene occupato. Anche la Corte costituzionale, occupandosi nella sentenza 23 maggio 1995, n. 188 dell'occupazione acquisitiva, aveva evidenziato la rilevanza, nella costruzione giuridica dell'istituto, della radicale trasformazione del bene, affermando la necessità di un nesso di causalità diretta tra l'illecito della pubblica amministrazione e la "*perdita del diritto di proprietà*", nel senso che quest'ultima dovesse essere determinata, in via immediata e diretta, "[dal]*l'azzeramento del contenuto sostanziale del diritto e* [dal]*la nullificazione del bene che ne costituisce l'oggetto*", ossia "[dal]*la vanificazione* […] *della individualità pratico-giuridica dell'area occupata, in conseguenza della materiale manipolazione dell'immobile nella sua fisicità, che ne comporta una trasformazione così totale da provocare la perdita dei caratteri e della destinazione propria del fondo, il quale in estrema sintesi non è più quello di prima*", mentre l'acquisto in capo alla pubblica amministrazione del nuovo bene doveva considerarsi alla stregua di una "*conseguenza ulteriore, eziologicamente dipendente non dall'illecito, ma dalla situazione di fatto – realizzazione dell'opera pubblica con conseguente non restituibilità del suolo in essa incorporato – che trova il suo antecedente storico nell'illecita occupazione e nella illecita destinazione del fondo alla costruzione dell'opera stessa*".

[22] Cass. civ., sez. un., 26/02/1983, n. 1464, cit.

[23] Il risarcimento avveniva mediante il pagamento di una somma che era pari al valore che aveva il fondo in quel momento, con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto della moneta, fino al giorno della liquidazione.

Allo stesso modo l'occupazione usurpativa[24] era collegata alla trasformazione del fondo di proprietà privata ma in assenza della dichiarazione di pubblica utilità del bene: o perché mancante sin dall'inizio o perché la stessa, originariamente adottata, fosse venuta meno a seguito di annullamento giudiziale, o perché carente dei suoi caratteri essenziali tipici[25], oppure, per sopravvenuta inefficacia per inutile decorso dei termini previsti per l'esecuzione dell'opera. In tal caso, la mancanza di una dichiarazione che desse prevalenza all'interesse pubblico su quello privato, impediva l'operatività dell'accessione invertita e di conseguenza l'acquisto della proprietà in capo all'amministrazione, di cui restava titolare il privato: veniva meno il collegamento fra l'astratta configurazione legislativa del potere ablativo e la concreta possibilità del suo nascere, in quanto essa assolve alla funzione di creare un vincolo di indisponibilità sui beni su cui incide e di porre l'amministrazione espropriante in grado di svolgere il procedimento ablativo.

Ecco perché l'occupazione usurpativa configurava un illecito permanente, in cui persisteva il diritto di proprietà del privato che quindi poteva esperire le azioni di restituzione senza alcun termine prescrizionale e laddove avesse optato per la tutela risarcitoria per equivalente il risarcimento sarebbe stato integrale[26]. Si trattava dunque di una mera occupazione illegittima dell'immobile privato, ricondotta nell'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c., con tutto ciò che ne deriva in termini di prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante dalla permanenza dell'illecita occupazione ed in merito all'esperibilità delle azioni reipersecutorie per la non perduta proprietà del bene.

Pertanto, mentre l'occupazione usurpativa si configurava in assenza della dichiarazione di pubblica utilità, quella c.d. acquisitiva avveniva in assenza del solo decreto di esproprio. La giurisprudenza maggioritaria ravvisava in tale ultimo caso un'ipotesi di illecito

[24] Cass. civ., Sez. I, 18/02/2000, n. 1814.

[25] Fra i quali la previsione dei termini per il compimento delle espropriazioni e dei lavori.

[26] G. MARI, *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, cit.

istantaneo con effetti permanenti differente dall'illecito permanente creatosi con l'occupazione usurpativa[27].

In tale scenario è intervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo[28] che ha affermato il contrasto degli istituti costruiti in via pretoria con l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 della CEDU, che riconosce, come visto, il pacifico godimento della proprietà e la necessità che la sua privazione si attui nel rispetto delle regole normativamente stabilite[29].

In particolare, la Corte di Strasburgo ha ravvisato una violazione del principio di legalità, non tanto per la circostanza che le occupazioni indirette fossero di origine pretoria, ma in quanto la loro applicazione sfocia in risultati imprevedibili e arbitrari, lesivi dei principi di certezza e dell'effettività della tutela giurisdizionale. Ecco perché ha precisato che la compatibilità tra gli istituti di matrice giurisprudenziale e la disposizione richiamata, è subordinata alla ricorrenza di una causa di pubblico interesse, al rispetto delle condizioni stabilite dalla legge e al contemperamento tra le esigenze generali e i diritti fondamentali dell'individuo. Ne deriva che, anche quando l'amministrazione interferisce con il godimento del bene per soddisfare un pubblico interesse, è sempre necessario il rispetto delle forme e delle condizioni previste dalla legge. Pertanto, il primo accertamento da compiere attiene alla circostanza che l'interferenza non sia arbitraria ma in linea con le esigenze di legalità[30], cui segue una verifica "di secondo grado" per individuare il giusto bilanciamento tra l'interesse pubblico e l'interesse privato: esigenze che non sono rispettate in presenza di un quadro normativo interno di origine giurisprudenziale che non fornisce regole sufficientemente accessibili,

[27] S. SASSO, *Espropriazioni indirette e risarcimento del danno*, in *diritto.it*, 2019.

[28] Corte EDU, Sez. II, 30/05/2000, n. 31524/96 *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia* e n. 24638/94 *Carbonara-Ventura c. Italia*.

[29] In argomento L. SERENO, *La tutela europea della proprietà a confronto con l'istituto dell'occupazione acquisitiva*, in *diritto.it*, 2001; nonché, G. MARI, *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto* e Adunanza plenaria, 20/01/2020, n. 4, cit..

[30] Secondo la CEDU, il principio di legalità inteso in senso sostanziale e non meramente formale, si traduce in un parametro di qualità della legge che deve essere accessibile, precisa e chiara e, dal punto di vista processuale, offrire una tutela giurisdizionale effettiva.

precise e prevedibili, dando luogo ad interpretazioni contraddittorie; inoltre attraverso le espropriazioni indirette si consente "*all'autorità di trarre beneficio da una situazione illegittima nella quale il proprietario del bene è posto dinanzi al fatto compiuto*".

Proprio la circostanza che le stesse diano vita a risultati imprevedibili ed arbitrari per gli interessati, ha successivamente condotto la Corte di Strasburgo a superare la distinzione tra occupazione appropriativa ed usurpativa, in quanto l'illegittimità è tale sia che sopravvenga alla procedura sia che esista sin dall'inizio[31].

In risposta alle doglianze manifestate dalla Corte europea e con il duplice fine di regolarizzare e sanare le procedure ablatorie illegittime ed ovviare alla mancanza di una base legale, il legislatore ha emanato l'art. 43 d.p.r. 327/2001 che ha introdotto per la prima volta la c.d. occupazione sanante, così definita perché attribuisce all'amministrazione il potere di sanare appunto i pregressi illeciti: "*l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre, valutati gli interessi in conflitto, che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni*"[32]. Ne deriva che, in presenza di una situazione di illegittima occupazione del fondo, l'amministrazione può acquisire il bene al suo patrimonio attraverso l'emanazione di un formale provvedimento che dà conto del bilanciamento di opposti interessi; l'effetto traslativo, non dipende più dall'irreversibile trasformazione del fondo, ma dal provvedimento di acquisizione che determina il passaggio della proprietà dal privato alla p.a..

In tal modo il legislatore ha voluto consentire all'amministrazione espropriante la possibilità di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto attraverso il ricorso ad atti formali sindacabili dal giudice amministrativo, laddove il bene sia stato "*modificato per scopi di interesse pubblico*[33]".

[31] Corte EDU, Sez. IV, 06/03/2007, n. 43662/98 *Scordino c. Italia*.

[32] In argomento G. MARI-G. STRAZZA, *L'acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015 n. 71*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2015.

[33] Si amplia quindi l'ambito di applicazione dell'istituto, non più chino esclusivamente sulle vecchie occupazioni abusive che presupponevano, non la semplice modificazione, ma l'irreversibile trasformazione.

Sul punto, l'Adunanza plenaria[34] ha affermato che il provvedimento di acquisizione emanato ai sensi dell'art. 43, costituisce l'unico titolo idoneo a trasferire all'amministrazione il diritto di proprietà sul bene illegittimamente occupato; tuttavia, l'emanazione di tale provvedimento è subordinata alla valutazione degli interessi in conflitto, che esiti nel riconoscimento della particolare rilevanza dell'interesse pubblico che giustifica il sacrificio del privato alla restituzione del bene. Ciò in quanto lo stesso è limitato ai casi assolutamente eccezionali, non potendo divenire strumento ordinario dell'azione amministrativa alternativo alla procedura legittima.

Inoltre, all'acquisizione provvedimentale si affiancava quella giudiziaria con cui l'amministrazione, in presenza dell'impugnazione del provvedimento di acquisizione sanante o di una domanda di restituzione del bene, poteva chiedere al g.a., in caso di fondatezza del ricorso e della domanda, di condannarla al risarcimento dei danni per equivalente con esclusione della restituzione del bene. In realtà, tale forma di acquisizione era frutto in concreto di una mera eccezione processuale accolta dal g.a. e quindi di un provvedimento giurisdizionale e non amministrativo[35].

Da qui il T.A.R. Campania[36] ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 43 per contrasto con gli artt. 3, 24, 42, 76, 97 e 113 Cost., in quanto consentiva, secondo l'interpretazione assunta come diritto vivente, l'elusione della disciplina del procedimento di esproprio, nonché di disporre l'acquisizione sanante anche dopo che una sentenza passata in giudicato avesse ordinato la restituzione del bene al proprietario, ponendosi in contrasto con il diritto di proprietà[37]; da ultimo, eccedeva i limiti della delega legislativa[38].

---

[34] Cons. Stato, Adunanza plenaria, 29/04/2005, n. 2.

[35] M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, cit.

[36] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 28/10/2008, n. 730.

[37] In tal modo, sarebbe prefigurato l'esercizio di un potere autoritativo di acquisizione dell'area che impedirebbe la restituzione del bene, rimuovendo l'illecito aquiliano anche a dispetto di un giudicato amministrativo, consentendo "*alla pubblica amministrazione, anche deliberatamente,…di eludere gli obblighi procedimentali della instaurazione del contraddittorio, delle tre fasi progettuali e della verifica delle norme di conformità urbanistica*" con "*grave lesione del principio generale dell'intangibilità del giudicato amministrativo*", sostanzialmente "*vanificato da un atto amministrativo di acquisizione per utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*".

Ecco perché la Corte Costituzionale con la sentenza n. 293/2010[39], ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma in parola per eccesso di delega, in quanto la legge-delega[40] aveva conferito al legislatore solo il potere di provvedere ad un "*coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti*". L'istituto previsto e disciplinato dalla norma *de qua*, invece, è connotato da numerosi aspetti di novità, rispetto sia alla disciplina espropriativa, oggetto delle disposizioni espressamente contemplate dalla legge-delega, sia agli istituti di matrice prevalentemente giurisprudenziale[41]. Inoltre è dubbia l'idoneità dell'art. 43 a garantire il rispetto dei principi della CEDU, secondo cui l'espropriazione indiretta viola il principio di legalità perché non assicura un sufficiente grado di certezza e consente all'amministrazione di trarre vantaggio da proprie azioni illegali. Ne deriva che " *non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave vulnus al principio di legalità*".

Per colmare il vuoto normativo e superare le questioni di diritto sorte in sede di applicazione dell'art. 43, il legislatore ha inserito l'art. 42-*bis* nel t.u. espropriazioni[42]: l'amministrazione che utilizza senza titolo un bene privato per scopi di interesse pubblico ha nuovamente la possibilità di evitare la restituzione attraverso l'emanazione di un formale provvedimento amministrativo di acquisizione coattiva al proprio patrimonio indisponibile.

Il primo elemento di novità è rappresentato dalla circostanza che l'acquisizione non opera retroattivamente[43], mentre restano invariate

[38] Il citato art. 43 recherebbe un *vulnus* all'art. 76, Cost., in quanto sarebbe stato emanato in violazione dei criteri della legge-delega 8 marzo 1999, n. 50 (Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi – Legge di semplificazione 1998).

[39] Corte Cost., sent. 8/10/2010, n. 293.

[40] Art. 7 della legge n. 50 del 1999.

[41] F. LOGIUDICE, *Incostituzionale l'acquisizione coattiva sanante*, in *altalex.com*, 2010.

[42] Articolo aggiunto al Testo unico ad opera dell'art. 34 d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito con modificazioni in l. 15 luglio 2011 n. 111 (recante Misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria).

[43] Così superando quella giurisprudenza che estendeva il vecchio art. 43 anche al costo di forzare il giudicato di restituzione del bene al privato (Cons. Stato, Sez. V, 13/10/2010, n. 7472).

le vecchie condizioni per l'emissione del relativo provvedimento. Difatti, "*può essere adottato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio*", nonché "*durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti* menzionati, *se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira*"[44]. È inoltre previsto un onere motivazionale intenso, come emerge dalla previsione secondo cui il provvedimento di acquisizione deve essere "*specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione*". Ulteriore novità rispetto al passato è costituita dallo strumento di compensazione del sacrificio del privato, espressamente qualificato come indennizzo. Quest'ultimo, corrisposto per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, copre la fase successiva all'emanazione del provvedimento di acquisizione del bene, in quanto legittima; diversamente, il risarcimento del danno è corrisposto per la fase precedente in cui la pubblica amministrazione agisce in un situazione di illiceità[45]. Da ultimo è specificato al comma otto che l'art. 42-*bis* può trovare applicazione anche a fatti anteriori all'entrata in vigore[46].

Attraverso il nuovo istituto, dunque, la pubblica amministrazione può ricondurre a legalità le situazioni in cui la stessa abbia utilizzato e modificato senza titolo il bene del privato per scopi di interesse

[44] La c.d. occupazione giudiziaria non è ripresa dal legislatore.

[45] L'indennizzo per il pregiudizio non patrimoniale è forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene (comma primo), mentre, salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale è determinato in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità. Per il periodo di occupazione senza titolo, invece, è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma (comma terzo).

[46] In argomento G. MARI, *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, e per un esame comparato dell'art. 42-*bis* con la disciplina recata dall'art. 43 condotto attraverso l'analisi delle criticità che essa presentava, G. MARI-G. STRAZZA, *L'acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015 n. 71*, cit.

generale, in presenza dei presupposti e delle condizioni stabiliti dalla legge. Ne deriva che, in seguito alla valutazione delle circostanze e comparati gli interessi in conflitto, è posta dinanzi all'alternativa tra acquisire o restituire l'area al proprietario, previo ripristino dello stato anteriore.

Tuttavia la Cassazione[47] ha nuovamente messo in dubbio la legittimità costituzionale dell'art. 42-*bis*

in relazione agli artt. 3, 24, 42, 97, 111 e 117 Cost., anche alla luce dell'art. 6 e dell'art. 1 del 1° prot. add. della CEDU: la disposizione citata si sarebbe posta in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza e di ragionevolezza intrinseca, involgente anche la tutela giurisdizionale, con la garanzia della proprietà privata posta altresì da vincoli derivanti da obblighi internazionali, con il principio di legalità dell'azione amministrativa, nonché con il principio di parità delle parti davanti al giudice, in quanto riserva all'amministrazione, quale autore dell'illecito, un trattamento privilegiato che le consente di acquisire il bene al patrimonio pubblico per effetto di un suo comportamento *contra ius*, di cui si avvantaggia anche per quanto riguarda l'indennizzo o il risarcimento dovuto al proprietario, rispetto al solo ristoro che altrimenti spetterebbe nel caso di legittimo procedimento espropriativo[48].

---

[47] Cass., sez. un., 13/01/2014, n. 441 e 442, con nota di E. M. FERRO, *Sulla rilevanza e non manifesta infondatezza della q.l.c. dell'art. 42 bis del D.P.R. 327 del 2001*, in *ildirittoamministrativo.it*, 2014 e G. MARI-G. STRAZZA, *L'acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015 n. 71*, cit.

[48] In particolare, quanto agli artt. 3 e 24, alla p.a. viene "*attribuita la facoltà di mutare, successivamente all'evento dannoso prodotto nella sfera giuridica altrui, e per effetto di una propria unilaterale manifestazione di volontà, il titolo e l'ambito della responsabilità, nonché il tipo di sanzione (da risarcimento in indennizzo) stabiliti in via generale dal precetto del "neminem laedere" per qualunque soggetto dell'ordinamento*". L'art. 42-*bis*, secondo la Corte, in virtù della connotazione pubblicistica del soggetto responsabile, supera il regime dell'occupazione abusiva e sottrae al privato la gamma delle azioni a tutela del diritto di proprietà e la stessa facoltà di scelta in relazione alla sorte del bene è trasferita dalla "*vittima dell'ingerenza*" (così qualificata dalla Corte europea), all'autore del fatto illecito. Quanto agli artt. 42 e 97, invece, il primo e fondamentale presupposto per espropriare un immobile è costituito dalla sussistenza di motivi di interesse generale, nei soli casi stabiliti dalla legge; questi devono essere predeterminati dall'amministrazione ed emergere da apposito procedimento, che culmina con la dichiarazione di pubblica utilità ed in cui la p.a. programma la realizzazione di un nuovo bene per soddisfare un interesse pubblico. Pertanto, i motivi di interesse

La Corte Costituzionale con la sentenza del 2015, n. 71[49] ha definitivamente sancito la legittimità costituzionale dell'art. 42-*bis* dichiarando non fondate le relative questioni. In primo luogo, il principio di uguaglianza può dirsi violato solo laddove situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo diverso e non nel caso opposto in cui, alla diversità di disciplina, corrispondono situazioni eterogenee. Nel caso di specie, dunque, se l'applicazione della norma è subordinata "all'indebita utilizzazione dell'area" cioè ad una situazione creta dalla p.a., tuttavia il potere di emanare l'atto acquisitivo è attribuito dall'art. 42-*bis* alla stessa amministrazione, che da questo momento riprende a muoversi nell'ambito della legalità; ciò in virtù della funzione amministrativa ritenuta meritevole di una tutela privilegiata, in ragione del perseguimento di scopi di pubblica utilità anche se emersi successivamente alla consumazione dell'illecito. In merito alla tutela giurisdizionale del privato, questa non è eliminata ma "parzialmente conformata", in modo da garantire comunque un

generale devo essere individuati anteriormente al sacrificio del privato, "*in un momento in cui la comparazione tra l'interesse pubblico e l'interesse privato possa effettivamente evidenziare la scelta migliore, nel rispetto dei principi d'imparzialità e proporzionalità*". L'art. 42-*bis*, infatti, non stabilisce un limite temporale entro cui la p.a. debba esercitare il relativo potere, così esponendo il diritto di proprietà alla possibilità che la stessa emani il provvedimento di acquisizione senza limiti di tempo. Da ultimo, quanto agli artt. 111 e 117, contrasta con la Convenzione l'espropriazione indiretta che consente il trasferimento della proprietà in seguito "*alla constatazione della situazione di illegalità o illiceità commessa dalla stessa Amministrazione, con l'effetto di convalidarla; di consentire a quest'ultima di trarne vantaggio; nonché di passare oltre le regole fissate in materia di espropriazione, con il rischio di un risultato imprevedibile o arbitrario per gli interessati*". Del resto, la circostanza che il potere di acquisizione si applica ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore, viola il principio di legalità e il diritto ad un equo processo, in quanto influisce sull'esito di un giudizio già in corso in cui è parte un'amministrazione.

[49] Corte Cost., sent. 30/04/2015, n. 71 con commento di L. SALVIA, *Un "legale rimedio" per acquisire la proprietà dei beni illegittimamente occupati dalla PA: l'acquisizione sanante supera il vaglio della Corte Costituzionale. (Commento a Corte Costituzionale, sentenza 71/2015.)*, in *osservatorioaic.it*, 2015; L. UCCELLO BARRETTA, *L'art. 42-bis del Testo Unico sulle espropriazioni dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 71/2015: il caso dell'acquisizione sanante "temporanea"*, in *osservatorioaic.it*, 2016; G. MARI-G. STRAZZA, *L'acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015 n. 71*, cit.; G. MARI, *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, cit.

serio ristoro economico ed escludendo solo le azioni restitutorie non esperibili in presenza di un comportamento non più illecito.

Rispetto all'art. 42, invece, la norma in parola dà vita ad una procedura espropriativa "eccezionale" in virtù della situazione fattuale in cui la dichiarazione di p.u. sarebbe distonica in presenza di un'opera pubblica già realizzata. Inoltre, sebbene necessariamente "semplificata" nelle forme, si presenta "complessa" negli esiti, in quanto l'amministrazione è tenuta ad emanare un provvedimento "specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione".

In altri termini, l'acquisizione dell'immobile costituisce l'*extrema ratio* cui ricorrere per soddisfare attuali ed eccezionali ragioni di pubblico interesse, quando, all'esito della comparazione con i contrapposti interessi privati, siano escluse altre opzioni compresa la cessione volontaria e non sia ragionevolmente possibile la restituzione del bene[50]. Solo così può consentirsi una compressione del diritto di proprietà alla luce della sua funzione sociale, e la circostanza che manchi nell'art. 42-*bis* un termine per l'esercizio del potere di acquisizione, va riletta alla luce delle diverse soluzioni elaborate dalla giurisprudenza amministrativa per reagire all'inerzia della p.a. autrice dell'illecito: "talvolta è stato posto a carico del proprietario l'onere di esperire il procedimento di messa in mora, per poi impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto dell'amministrazione; in altri casi, è stato riconosciuto al giudice amministrativo anche il potere di assegnare

[50] Ciò trova conferma in quando affermato dal Cons. Stato, Adunanza plenaria, 09/02/2016, n. 2 secondo cui il legislatore ha configurato un procedimento ablatorio *sui generis*, caratterizzato da una precisa base legale e da peculiari e autonomi presupposti, semplificato nella struttura ma complesso negli effetti che si producono *ex nunc*, il cui scopo non è quello di sanare un precedente illecito ma di soddisfare imperiose esigenze pubbliche, redimibili solo attraverso il mantenimento e la gestione dell'opera realizzata *sine titulo*. L'interesse pubblico prevalente deve emergere da un percorso motivazionale rafforzato, stringente e assistito dalle garanzie partecipative della legge 241/1990, da cui è evidente che l'apprensione coattiva costituisca l'*extrema ratio* in mancanza di soluzioni alternative.

all'amministrazione un termine per scegliere tra l'adozione del provvedimento di cui all'art. 42-*bis* e la restituzione dell'immobile"[51].

Da ultimo, la Corte ha giustificato l'operatività della disposizione anche per fatti anteriori alla sua entrata in vigore (ferma la nuova valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico ad acquisire il bene), in virtù dell'esigenza di eliminare in maniera definitiva il fenomeno delle espropriazioni indirette. Inoltre l'art. 42-*bis*, rispetto all'art. 43, contiene significative differenze che lo rendono compatibile con la giurisprudenza della Corte EDU, quali il carattere non retroattivo dell'acquisto che preclude la sua operatività in presenza di un giudicato che abbia stabilito la restituzione del bene al privato[52]; la necessaria rinnovazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico, nonché, il rafforzato obbligo motivazionale.

[51] Sul punto Cons. St., Sez. IV, 15/09/2014, n. 4696; Id, 26/03/2013, n. 1713; 22/6/2006, n. 3883; 4/9/1985, n. 333 e 6/2/1995, n. 51; Sez. V, 6/6/1996, n. 681 e 15/9/1997, n. 980; Sez. VI, 11/11/2008, n. 5628; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 7/11/2014, n. 2729; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 6/02/2020, n. 1616.

[52] Anteriormente alla pronuncia della Corte costituzionale, aveva già escluso la legittimità dell'acquisizione disposta dopo un giudicato restitutorio Cons. Stato, Sez. IV, 16/03/2012, n. 1514, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 3, 603, *contra* Cons. Stato, Sez. VI, 1/12/2011, n. 6351, *ivi*, 2011, 371. Per una fattispecie peculiare in cui l'acquisizione post giudicato è stata invece ammessa v. Cons. Stato, Sez. IV, 21/09/2015, n. 4403. In generale, sul rapporto tra giudicato restitutorio e acquisizione *ex* art. 42-*bis* d.P.R. n. 327/2001: Cons. Stato, Ad. plen., 9/02/2016, n. 2; Cons. Stato, Sez. IV, 23/09/2016, n. 3929; Cass., Sez. I, 7/03/2017, n. 5686; da ultimo, Cons. Stato, Sez. II, 12/02/2020, n. 1087. Nella citata sentenza Cons. Stato, Ad. plen., n. 2/2016 è stato chiarito che: "l'impossibilità che l'Amministrazione emani il provvedimento di acquisizione di cui all'art. 42-*bis* t.u. espropriazioni (d.P.R. n. 327/2001) in presenza di un giudicato che abbia disposto la restituzione del bene al proprietario si desume implicitamente dalla previsione del comma 2 del medesimo art. 42-*bis* nella parte in cui consente all'autorità di adottare il provvedimento durante la pendenza del giudizio avente ad oggetto l'annullamento della procedura ablatoria (ovvero nel corso del successivo eventuale giudizio di ottemperanza), ma non oltre, e quindi dopo che si sia formato un eventuale giudicato non soltanto cassatorio ma anche esplicitamente restitutorio" (par. 5.4 lett. f); nei casi in cui il proprietario di un'area occupata senza titolo dalla p.a. e trasformata "non abbia proposto una rituale domanda di condanna dell'amministrazione alla restituzione previa riduzione in pristino, secondo quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 30, co. 1, e 34, co. 1, lett. c) ed e), c.p.a., il giudicato si presenta come puramente cassatorio e non si produce alcun effetto inibitorio dell'emanazione del provvedimento *ex* art. 42-*bis* t.u. espropriazioni" (par. 6.3 lett. i).

Pertanto l'art. 42-*bis* non costituisce una semplice alternativa ad una procedura espropriativa condotta "in buona e debita forma", ma intesa come *extrema ratio*, è coerente con la Corte EDU.

4. *L'ammissibilità della rinuncia abdicativa: evoluzione giurisprudenziale*

È discusso se sia possibile riconoscere la rinuncia abdicativa della proprietà nell'atto di proposizione in giudizio della richiesta di risarcimento del danno per equivalente, connessa alla perdita della proprietà illecitamente occupata dalla p.a. in seguito all'irreversibile trasformazione del fondo[53]. La tematica richiede l'analisi del contrasto giurisprudenziale che si è formato sul punto, il quale, ora ha ammesso ora ha negato che il proprietario dell'immobile occupato e trasformato possa optare per il risarcimento del danno parametrato al valore del bene, così rinunciando alla proprietà sullo stesso[54].

Inizialmente la giurisprudenza della Cassazione ammetteva la rinuncia abdicativa in relazione all'occupazione usurpativa, in cui, a differenza dell'accessione invertita, permaneva il diritto del proprietario ad ottenere la restituzione del bene nonostante la realizzazione dell'opera pubblica. Secondo la Corte, difatti, "*poiché la valenza restitutoria dell'azione del privato potrebbe trovare ostacolo o nell'eccessiva onerosità di essa per il debitore (art. 2058, secondo comma, c.c.) o nel pregiudizio per l'economia nazionale (art. 2933, secondo comma, c.c.)* […]*, o essere irragionevolmente antieconomica a cagione della irreversibilità – anche soltanto materiale – della trasformazione del fondo, non si vede perché il privato non dovrebbe essere ammesso a formulare la sua pretesa in termini di risarcimento del danno per la perdita del bene*"[55]. Su questa scia è stato affermato che, laddove l'occupazione sia priva di una dichiarazione di pubblica utilità, l'azione risarcitoria possa essere esperita in sostituzione del rimedio restitutorio "*ponendo in essere un meccanismo abdicatorio*", anche in

[53] In argomento G. MARI, *Rinunciabilità della proprietà e occupazione sine titulo*, in *treccani.it*, 2019; L. FACONDINI, *Espropriazione per pubblica utilità, cessione volontaria dell'immobile e rinuncia abdicativa: i recenti approdi giurisprudenziali*, in *diritto.it*, 2020; M. GUARRACINO, *L'eclissi della rinuncia abdicativa nel procedimento espropriativo*, in *diritto.it*, 2020.

[54] G. MARI, *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, cit.

[55] Cass. civ. sez. un., 4/03/1997, n. 1907.

virtù della circostanza che l'ordinamento non sembra imporre la reintegrazione in forma specifica[56]. In tal caso, ovvero quando il proprietario scelga la tutela risarcitoria rispetto alla possibile tutela restitutoria, ne consegue un'implicita rinuncia al diritto di proprietà sul fondo trasformato in maniera irreversibile; tuttavia, ciò non determina l'acquisto del bene alla mano pubblica[57], che dipendendo da una scelta del proprietario usurpato, costituisce "*una vicenda logicamente e temporalmente successiva alla definitiva trasformazione del fondo, e se può ipotizzarsi un modo di acquisto della proprietà a titolo originario, esso non ha carattere accessivo (artt. 934 c.c.), ma seminai occupatorio in relazione ad un bene che è un novum nella realtà giuridica (in analogia all'art. 942 c.c.), ove non rileva la destinazione a soddisfare una pubblica utilità, giacché qui neppure può porsi questione di bilanciamento di interessi*"[58].

Successivamente il Consiglio di giustizia amministrativa[59] ha chiarito che, sul piano del diritto positivo, la legge contempla la rinuncia al diritto di proprietà immobiliare: difatti gli articoli 1350, numero 5), e 2643, numero 5), del codice civile, menzionano espressamente "*gli atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti*", fra i quali rientra, indiscutibilmente, anche il diritto di proprietà immobiliare. Specifiche ipotesi, poi, sono contemplate dagli articoli 1070, 1104 e 550 c.c., quali disposizioni tutte costruite come applicazioni di principi generali e non come eccezioni a una regola. Altresì l'art. 827 c.c. stabilisce che, se gli immobili non sono di proprietà di alcuno, spettano al patrimonio dello Stato; quest'ultima disposizione, per la formulazione letterale, la *ratio* e la collocazione sistematica, fa riferimento a tutte le fattispecie in cui un bene immobile sia privo di proprietario per qualunque ragione, senza limitarsi dunque ad una portata meramente transitoria. Ecco perché copre anche i casi in cui sia il titolare ad aver rinunciato al proprio diritto, con esclusione di acquisto in capo ad altro soggetto. Ulteriore

[56] Cass. civ., Sez. I, 18/02/2000, n. 1814, "*è proprio l'impossibilità della restituzione per superiori ragioni di economia pubblica il fondamento della negata riconsegna del bene, nella ricostruzione dell'istituto operata dalla giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, Sez. V, 12.7.1996, n. 874*"; nonché Cass., sez. un., 6/05/2003, n. 6853.

[57] Diversamente da quanto si verificava nell'accessione invertita, ricondotta dalla giurisprudenza al fenomeno ablatorio in senso lato di cui all'art. 42 Cost.

[58] Cass. civ., Sez. I, 18/02/2000, n. 1814, cit.

[59] C.G.A., 25/05/2009, n. 486.

argomento a favore della rinunciabilità al diritto di proprietà immobiliare deriva dal principio della disponibilità delle facoltà economiche e patrimoniali dei soggetti privati, il quale comprende anche il potere di rinunciare al diritto "*senza alcuna necessità che questa possibilità sia espressamente enunciata in relazione alla singola fattispecie considerata o sia formalmente ribadita in funzione della categoria del diritto oggetto della rinuncia o della natura del bene*"[60].

La Corte di Cassazione è intervenuta nuovamente[61] chiarendo che, l'occupazione e la manipolazione dell'immobile ad opera della p.a., a prescindere dalla sussistenza o meno della dichiarazione di pubblica utilità - quando il decreto di esproprio non sia stato emanato o sia stato annullato - dà vita ad un illecito di diritto comune con conseguente responsabilità della pubblica amministrazione per i danni, senza il trasferimento alla stessa della proprietà. In sostanza, si tratta di illecito permanente che cessa attraverso il ricorso agli strumenti della restituzione, dell'accordo transattivo, dell'usucapione compiuta dall'ente occupante e della "*rinuncia del proprietario al suo diritto, implicita nella richiesta di risarcimento dei danni per equivalente*". Difatti, secondo la Corte, al proprietario è sempre concessa la tutela risarcitoria in alternativa alla tutela restitutoria, da cui deriva un'implicita rinuncia al diritto dominicale sul fondo irreversibilmente trasformato; rinuncia che ha carattere abdicativo e non traslativo[62],

[60] Del resto "*non risulta che, in dottrina o in giurisprudenza, si sia mai seriamente dubitato circa la possibilità di rinunciare al diritto di proprietà, anche immobiliare. Sul piano empirico, infatti, riesce difficile comprendere perché la proprietà immobiliare debba trasformarsi, immancabilmente, in una sorta di "condanna" perpetua del titolare, evitabile solo mediante il consenso di un nuovo acquirente, disposto a farsi carico del bene. A maggiore ragione, sarebbe difficile comprendere per quale motivo si debba impedire al proprietario di rinunciare formalmente al diritto, proprio al fine di realizzare nel modo più efficace la riparazione del danno patrimoniale conseguente ad una utilizzazione del bene da parte dell'amministrazione pubblica, tale da svuotarne, sostanzialmente, il contenuto economico*".

[61] Cass. civ., sez. un., 19/01/2015, n. 735 con nota di L. IACOBONI, *Nota alla sentenza 19 gennaio 2015 n. 735 Corte di Cassazione - Sezioni unite*, in *contabilità-pubblica.it*, 2015.

[62] In tal senso già il C.G.A., ord. 21/02/2013, n. 265 aveva chiarito il carattere della rinuncia: se da un lato il proprietario chiede solo il controvalore del bene, abdicando così implicitamente al diritto domenicale, e dall'altro, la pubblica amministrazione non offre nemmeno la restituzione, accettando implicitamente la rinuncia in suo favore, si realizza una fattispecie traslativa atipica "*che ricompone la cesura tra proprietà e possesso in favore della p.a.*". Si tratta di una sorta di principio

per cui da essa non deriva come effetto automatico l'acquisto della proprietà in capo all'amministrazione[63].

Analogamente l'Adunanza plenaria nel 2016[64] ha richiamato, tra le possibili ipotesi di cessazione dell'illecito permanente, la rinuncia abdicativa. In particolare ha precisato che, in via generale, ovvero a prescindere dalla forma che la condotta illecita dell'amministrazione assuma - vie di fatto, occupazione usurpativa, occupazione acquisitiva -, la stessa non può comportare l'acquisizione del fondo e configura un illecito permanente *ex* art. 2043 c.c.; quest'ultimo cessa solo in conseguenza della restituzione del fondo, di un accordo transattivo, di una compiuta usucapione, "*della rinuncia abdicativa (e non traslativa) da parte del proprietario, implicita nella richiesta di risarcimento del danno per equivalente monetario a fronte dell'irreversibile trasformazione del fondo*" e di un provvedimento emanato ai sensi dell'art. 42-*bis* t.u. espr..

Pertanto, la tesi che ammette la rinuncia abdicativa[65] da un lato valorizza il principio di concentrazione della tutela, consentendo al privato espropriato di adire lo stesso giudice sia per la fase amministrativa sulla legittimità degli atti espropriativi, sia per quella civilistica di determinazione del *quantum* risarcitorio; dall'altro offre al

sanante del ristoro patrimoniale fondato su tacite dichiarazioni di volontà delle parti, una abdicativa del privato e l'altra acquisitiva dell'amministrazione, che rappresentano il punto sostanziale del passaggio di proprietà che, però, si verificherebbe solo per effetto della sentenza che costituisce il titolo del trasferimento.

[63] Le Sezioni Unite affermano il seguente principio di diritto: "*l'illecito spossessamento del privato da parte della p.a. e l'irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un'opera pubblica non danno luogo, anche quando vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all'acquisto dell'area da parte dell'Amministrazione ed il privato ha diritto a chiederne la restituzione salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno. Il privato, inoltre, ha diritto al risarcimento dei danni per il periodo, non coperto dall'eventuale occupazione legittima, durante il quale ha subito la perdita delle utilità ricavabili dal terreno e ciò sino al momento della restituzione ovvero sino al momento in cui ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente, abdicando alla proprietà del terreno. Ne consegue che la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento dei danni decorre dalle singole annualità, quanto al danno per la perdita del godimento, e dalla data della domanda, quanto alla reintegrazione per equivalente*".

[64] Cons. Stato, Adunanza plenaria, 9/02/2016, n. 2, par. 5.3.

[65] Ancora Cass. civ., Sez. I, 24/05/2018, n. 12961, nonché Cass. civ., Sez. I, 7/03/2017, n. 5686.; Cons. Stato, Sez. IV, 24/05/2018, n. 3105; Cons. Stato, Sez. IV, 20/04/2018, n. 2396.

proprietario una maggiore garanzia, poiché il *quantum* deve essere corrisposto a titolo di risarcimento del danno (ordinariamente integrale) e non a titolo di indennizzo (parametrato al valore del bene perduto). Del resto, essendo il risarcimento legato alla proposizione della domanda in giudizio che determina la rinuncia abdicativa del diritto, è da questo momento che si verifica il debito di valore, con le relative conseguenze in termini di interessi legali e rivalutazione[66].

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa ha manifestato molteplici perplessità circa la possibilità di configurare l'azione risarcitoria come negozio unilaterale con effetto abdicativo per il proprietario, poiché non spiegherebbe l'effetto ulteriore di acquisto della proprietà in capo all'amministrazione. Del resto, anche il principio di tipicità dei modi di acquisto della proprietà risulterebbe intaccato, così come l'art. 42-*bis* che attribuisce il potere di acquisizione ad una scelta discrezionale dell'amministrazione e non del privato. Da ultimo l'art. 827 c.c. - oltre a non essere dirimente in virtù della circostanza che comporta un acquisto del bene in capo allo Stato, diversamente dall'acquisizione in cui non è detto che l'amministrazione che ha utilizzato il bene sia lo Stato - è inteso come norma di chiusura volta ad evitare che vi siano beni immobili privi di proprietario, ma ciò non significa che sono automaticamente acquisiti al patrimonio dello Stato anche i beni immobili divenuti vacanti in conseguenza della rinuncia abdicativa. Ancora, il g.a. ha escluso che superiori esigenze di effettività della tutela consentano al proprietario di optare per la tutela risarcitoria per equivalente in luogo di quella restitutoria; l'art. 42-*bis*, difatti, imponendo all'amministrazione di porre fine alla situazione d'illegittimità permanente derivante dall'occupazione senza titolo, esclude la rinuncia, potendo il privato agire con l'azione avverso il silenzio per compulsare la p.a. all'acquisizione ovvero alla restituzione[67].

[66] Un richiamo all'evoluzione giurisprudenziale sul tema è compiuto recentemente dal Cons. Stato, Adunanza plenaria, 20/01/2020, n. 2.

[67] In tal senso G. MARI, *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, cit. Recentemente T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 26/03/2020, n. 288; T.A.R. Roma, Lazio, Sez. II, 02/03/2020, n. 2679; T.A.R. Brescia, Lombardia, Sez. II, 31/10/2019, n. 950.

Su questa scia, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha escluso che dalla proposizione dell'azione risarcitoria si possa ricavare un atto abdicativo del diritto di proprietà[68], così come ha escluso la stessa rilevanza della rinuncia abdicativa in forza della preminenza del principio di legalità ricavabile dall'art. 43 d.p.r. n. 327/2001 (allora vigente) ed enunciato dalla Corte EDU[69]. Proprio sulla base di tale norma, al ricorrere di domande risarcitorie, il Collegio ha ordinato all'amministrazione l'acquisizione o la restituzione del fondo, senza interrogarsi sulla possibilità di desumere dalle stesse implicite dichiarazioni di rinuncia abdicativa[70]. Del resto, l'art. 43 prima e l'art. 42-*bis* poi, hanno tipizzato i rimedi esperibili dall'autorità che occupa il bene senza titolo per adeguare la situazione di fatto a quella di diritto[71].

Il giudice amministrativo, più recentemente, ha affermato che non è possibile collegare il risarcimento del danno per perdita della proprietà ad un comportamento volontario e discrezionale del proprietario[72] : "la rinuncia abdicativa è negozio unilaterale con effetto dismissivo automatico, che non può far sorgere un illecito in capo al terzo acquirente a titolo originario (Stato *ex* art. 827 c.c.), né tanto meno a carico dell'ente espropriante, il cui acquisto avviene semmai in base ad un autonomo titolo provvedimentale (art. 42-*bis* t.u.

[68] Cons. Stato, Sez. IV, 30/01/2006, n. 290; Cons. Stato, Sez. IV, 27/11/2008, n. 5854; Cons. Stato, Sez. IV, 28/01/2011, n. 676.

[69] Cons. Stato, Sez. IV, 13/01/2010, n. 92; Cons. Stato, Sez. IV, 29/08/2011, n. 4833; Cons. Stato, Sez. IV, 2/09/2011, n. 4970; Cons. Stato, Sez. IV, 3/09/2014, n. 4479.

[70] Cons. Stato, Sez. IV, 16/11/2007, n. 5830; Cons. Stato, Sez. IV, 27/06/2007, n. 3752; Cons. Stato, Sez. IV, 16/06/2007, n. 2582; Cons. Stato, Sez. IV, 4/12/2008, n. 5984; Cons. Stato, Sez. IV, 21/04/2009, n. 2420; Cons. Stato, Sez. IV, 26/03/2010, n. 1762; Cons. Stato, Sez. IV, 10/12/2013, n. 2559; Cons. Stato, Sez. IV, 6/08/2014, n. 4203.

[71] Cons. Stato, Sez. VI, 31/10/2011, n. 5813; Cons. Stato, Sez. IV, 10/02/2014, n. 611; Cons. Stato, Sez. IV, 30/09/2013 n. 4868; Cons. Stato, Sez. IV, 29/08/2012, n. 4650; Cons. Stato, Sez. IV, 20/07/2011, n. 4408.

[72] T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 12/05/2017, n. 438 "*reputa infatti di dover disattendere la soluzione, pure recentemente sostenuta* (T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 2/05/2017, n. 708), *secondo cui il ricorrente proprietario, sarebbe facoltizzato a formulare una domanda di mero risarcimento del danno per equivalente (a fronte dell'irreversibile trasformazione del fondo) e contestualmente rinunciare alla proprietà del bene (abdicando al diritto) ovvero alla sua restituzione*", in *giustizia-amministrativa.it*.

Espropri)". Allo stesso tempo evidenzia le criticità che emergono, da un lato, dalle SS.UU. n. 735/2015 le quali fanno genericamente riferimento alla rinuncia abdicativa che quindi appare come *obiter* non ulteriormente motivato; dall'altro, dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 2/2016, in cui la rinuncia abdicativa non sembra costituire una vicenda giuridica attraverso la quale si trasferisce il bene all'autorità a fronte del risarcimento del danno, ma piuttosto, un mero evento che pone fine all'illecito permanente poiché si rinuncia al diritto e dunque cessa la lesione dello stesso.

Pertanto, il Collegio ribadisce che, in seguito all'illegittima espropriazione di un immobile per effetto di un procedimento manchevole del relativo decreto, sorge per l'amministrazione l'obbligo di "*sanare la situazione di illecito venutasi a creare, restituendo il terreno con la corresponsione del dovuto risarcimento per il periodo di illegittima occupazione temporanea ovvero, in via subordinata, adottando il decreto di acquisizione sanante ex art. 42 bis del d.p.r. n. 327/01*", salva la possibilità di un contratto traslativo ovvero di un accordo transattivo.

Più recentemente il T.A.R. Piemonte[73] evidenzia come l'occupazione illegittima di un fondo per scopi di pubblica utilità con conseguente realizzazione dell'opera, non possa produrre *ex se* l'acquisizione di quest'ultima e del fondo stesso a favore dell'amministrazione occupante, né possa determinare l'estinzione del diritto di proprietà del privato "*ancorché nel frattempo questi abbia manifestato l'intenzione di volervi abdicare*". Ciò in quanto la rinuncia è considerata in contrasto con l'art. 42-*bis* t.u. espr. che attribuisce alla pubblica amministrazione il potere di acquisizione mediante una scelta a carattere discrezionale: la norma in parola non contiene una disciplina derogatoria o specifica per l'eventualità in cui il privato abbia manifestato, in sede giudiziale o stragiudiziale, la volontà di rinunciare alla proprietà del bene. Difatti dal comma 4 emerge che il provvedimento di acquisizione è emesso nei confronti del proprietario con specifica indicazione delle "*attuali ed eccezionali ragioni di pubblico interesse che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati*"; altresì "*l'atto è notificato al proprietario e comporta il passaggio del diritto di proprietà sotto condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute*"; da ultimo è trascritto nei confronti del

[73] T.A.R. Piemonte, Sez. I, 28/03/2018, n. 368.

proprietario. Del resto, la rinuncia sarebbe condizionata alla pronuncia giurisdizionale di liquidazione del risarcimento del danno, con conseguente lesione del principio di separazione dei poteri che riconosce solo alla p.a., e non al giudice, la valutazione degli interessi in conflitto e la decisione circa la restituzione o acquisizione del bene[74]. Pertanto né il privato né il giudice possono esercitare poteri attribuiti all'amministrazione, peraltro di natura discrezionale.

Analogamente altre sentenze hanno confermato la centralità dell'art. 42-*bis*, quale strumento cui ricorrere per dare tutela a fronte di occupazioni senza titolo del fondo perpetrate dalla pubblica amministrazione[75].

5. *Le plenarie del 20 gennaio 2020 non ammettono la rinuncia abdicativa nel sistema degli espropri*

I contrapposti orientamenti che si sono susseguiti nel corso del tempo, hanno condotto la Quarta Sezione del Consiglio di Stato[76] a rimettere all'esame dell'Adunanza plenaria la questione del se, per le fattispecie disciplinate dall'art. 42-*bis* t.u. espr., l'illecito permanente dell'autorità venga meno solo in caso di acquisizione del bene o sua restituzione, salva la conclusione di un contratto traslativo tra le parti di natura transattiva; e se, pertanto, la rinuncia abdicativa non possa essere ravvisata quando sia applicabile l'art. 42-*bis*.

In particolare il Collegio ha ribadito che, in linea di principio, la rinuncia abdicativa debba manifestarsi attraverso un'esplicita dichiarazione caratterizzata dalla "*mera volontà di dismettere il diritto e perdere la qualità di proprietario (e non* dalla *richiesta di una somma di denaro, a titolo risarcitorio, posta in rapporto di sostanziale sinallagmaticità con il*

[74] In argomento G. MARI, *Rinunciabilità della proprietà e occupazione sine titulo*, in *Treccani.it*, 2019.

[75] Cons. Stato, Adunanza plenaria, Sez. IV, 31/05/2019, n. 3658; 13/05/2019, n. 3070; 21/03/2019, n. 1868 e n. 1869.

[76] Cons. Stato, Sez. IV, ord. 30/07/2019, n. 5400, in *giustizia-amministrativa.it* e Cons. Stato, Sez. IV, ord. 30/07/2019, n. 5391, in *neldiritto.it*. Su quest'ultima un approfondimento di P. DONATELLO, *Sistematizzazione dell'art. 42-bis D.P.R. 327/2001 ad opera dell'ordinanza (con contestuale sentenza parziale di rigetto di un'eccezione di prescrizione) n. 5391/2019 della IV Sezione Consiglio di Stato: profili sostanziali e processuali*, in *diritto.it*, 2020.

trasferimento del diritto dominicale)". Altrimenti ragionando si consentirebbe di produrre effetti patrimoniali rilevanti sia nella propria sfera giuridica che in quella dell'amministrazione, con un atto unilaterale anche se avente forma giudiziale; pertanto, tale dichiarazione non sembra desumibile dalla domanda risarcitoria proposta[77].

Sulla scia di tali considerazioni il Consiglio di Stato in Adunanza plenaria è intervenuto a dirimere il contrasto circa la configurabilità della rinuncia abdicativa quale "*atto implicito ed implicato nella proposizione*" di una domanda di risarcimento del danno, da parte di un soggetto illegittimamente espropriato del suo bene immobile irreversibilmente trasformato[78]; l'Adunanza, attraverso argomentazioni di carattere strutturale e normativo, nega l'ammissibilità di tale istituto nel settore delle espropriazioni[79].

In primo luogo, si evidenzia che la tesi favorevole non spiega come il bene rinunciato sia trasferito nel patrimonio dell'amministrazione, in quanto l'atto abdicativo determina la perdita del diritto di proprietà, ma non può allo stesso tempo determinare anche l'acquisto della stessa in capo alla p.a.. Né è dirimente a giustificare la vicenda traslativa il riferimento all'art. 827 c.c., poiché tale norma implica l'acquisto in capo allo Stato e non all'autorità espropriante in possesso del bene; così come non rileva lo strumento della trascrizione della sentenza di condanna al risarcimento del danno e, quindi, dell'implicita rinuncia abdicativa in favore della p.a., in quanto la stessa opera sul piano dell'opponibilità degli atti dispositivi e non della loro validità[80].

---

[77] In argomento S. MASTROIANNI, *Il problema dell'ammissibilità dell'istituto della c.d. rinuncia abdicativa in relazione all'art. 42 bis del testo unico sugli espropri (nota a Consiglio di stato, Sez. IV, ord., 30 luglio 2019, n. 5400)*, in *giustamm.it*, 2019.

[78] Cons. Stato, Adunanza plenaria, 20/01/2020, n. 2, in *neldiritto.it*.

[79] In argomento J. SPORTOLETTI, *Ammissibilità della rinuncia abdicativa in materia di procedimento d'espropriazione*, in *ildirittoamministrativo.it*, 2020; L. FACONDINI, *Espropriazione per pubblica utilità, cessione volontaria dell'immobile e rinuncia abdicativa: i recenti approdi giurisprudenziali*, cit.

[80] Par. 4: "*se l'atto non è in sé idoneo a determinare il passaggio del bene in capo all'amministrazione espropriante non potrà già di per sé essere trascrivibile*".

Altra obiezione rilevata dalla Plenaria riguarda l'esclusione della rinuncia dalla teorica degli atti impliciti[81] che ha ad oggetto gli atti amministrativi e non quelli del privato. Inoltre, dal punto di vista sostanziale, non è possibile desumere univocamente da una domanda risarcitoria la rinuncia del proprietario al bene, proprio in ragione della circostanza che attraverso la prima si denuncia un illecito del quale si chiede la riparazione. Sul piano formale, invece, l'unico soggetto che è legittimato a rinunciare è il privato, il quale però non redige né sottoscrive la domanda di risarcimento del danno poiché tali adempimenti sono rimessi al difensore attraverso il ricorso giurisdizionale.

Da ultimo, il motivo determinante, che conduce i giudici ad escludere la rinuncia abdicativa nei casi di espropriazione illegittima, è l'assenza di una base legale in un settore in cui il rispetto del principio di legalità è enunciato a più riprese, sia a livello costituzionale che a livello europeo. Difatti, la rinuncia non rientra tra "*i casi previsti dalla legge*" che consentono l'espropriazione della proprietà privata per motivi d'interesse generale (art. 42 Cost.) e, dunque, riproponendo le stesse problematiche dell'occupazione acquisitiva - istituto di origine pretoria manchevole di un riferimento normativo in contrasto con i principi enunciati dalla Corte EDU e le garanzie al diritto di proprietà stabilite dalla Costituzione - ha indotto il legislatore ad intervenire fornendo la specifica disciplina dell'art. 43 seguito dall'art. 42-*bis* t.u. espr.. Ne deriva che, da un lato, l'amministrazione è vincolata all'esercizio del potere, dall'altro può scegliere tra l'acquisizione del bene o la sua restituzione; si tratta di una funzione autoritativa attribuita all'autorità, mentre nessun potere è riconosciuto al soggetto espropriato il quale non è titolare di un "*diritto sostanzialmente potestativo di determinare l'attribuzione della proprietà all'amministrazione espropriante previa corresponsione del risarcimento del danno*".

[81] L'Adunanza plenaria ricorda che nel diritto amministrativo è ammesso il c.d. provvedimento implicito: ciò che sussiste è un "*atto formale, perfetto e validamente emanato, il quale contiene "per implicito" un'ulteriore volontà provvedimentale, oltre a quella espressa claris verbis nel testo del provvedimento medesimo*". In tal modo il principio di legalità dell'azione amministrativa è rispettato, in quanto la volontà dell'amministrazione si ricava dall'atto avente tutte le caratteristiche stabilite dalla legge.

Pertanto, la materia dell'espropriazione, in quanto dotata di una normativa autosufficiente, non lascia spazio ad istituti pretori che potevano trovare una giustificazione in un momento storico in cui non vi era una base legale certa: ne deriva che l'illecito permanente dell'amministrazione viene meno nei casi previsti dall'art. 42-*bis* (acquisizione o restituzione), ferma la possibilità di concludere un contratto traslativo tra le parti di natura transattiva, con esclusione quindi della rinuncia abdicativa.

Nuovamente l'Adunanza plenaria con la sentenza n. 4[82] ribadisce che, l'orientamento che riconosce la rinuncia abdicativa come strumento idoneo a tutelare il proprietario leso dall'occupazione illegittima attraverso la domanda risarcitoria per equivalente del danno da perdita della proprietà, lascia irrisolta la questione dell'effetto acquisitivo, ovvero del *titulus* e del *modus adquirendi* della proprietà in capo alla pubblica amministrazione[83].

Escluso, come visto, che tale effetto possa essere ricondotto all'art. 827 c.c. o alla trascrizione del provvedimento di liquidazione, la Plenaria arricchisce gli ostacoli che si frappongono all'ammissibilità della rinuncia abdicativa scartando, in primo luogo, l'applicazione analogica di altre fattispecie di acquisto a titolo originario per fatti occupatori previste dal codice civile[84], in quanto si violerebbe il principio di legalità delle fattispecie ablative sancito dalla Costituzione e dalla CEDU. Allo stesso modo vanno scartate quelle "fattispecie traslative complesse di costruzione pretoria, mediate da eventuali sentenze costitutive", in base al principio di tassatività delle sentenze costitutive di effetti traslativi o acquisitivi di diritti reali. Da ultimo, non è possibile sostenere "la formazione tacita di un accordo

[82] Cons. Stato, Adunanza plenaria, 20/01/2020, n. 4, in *giustizia-amministrativa.it*. In argomento M. MORELLI, *Occupazioni illegittime della p.a.: stop alla rinuncia abdicativa*, in *legislazionetecnica.it*, 2020.

[83] Par 16.2.1: "Occorre, al riguardo, precisare che, in linea generale, i provvedimenti ablativi del diritto di proprietà (quale che sia il loro regime, ordinario o speciale) danno luogo ad un effetto privativo in capo al privato e, correlativamente, ad un effetto acquisitivo in capo all'amministrazione, essendo circolarmente l'uno conseguenza dell'altro (a prescindere dalla ricostruzione delle singole fattispecie espropriative come acquisti a titolo derivativo in senso stretto, o meno). Spezzare il nesso tra effetto privativo ed effetto acquisitivo significa privare la vicenda espropriativa della sua causa giuridica".

[84] Tra cui gli artt. 923, 940 o 942 c.c..

traslativo" tra privato e p.a., in forza della necessaria forma scritta richiesta in presenza di contratti traslativi della proprietà di beni immobili.

Del resto, l'illecito aquiliano richiede la sussistenza di una causalità diretta tra la condotta del soggetto responsabile e l'evento, che, nel caso di specie, sarebbe interrotta dalla rinuncia abdicativa posta in essere dal soggetto danneggiato idonea da sola a cagionare l'evento – perdita della proprietà.

L'art. 42-*bis*, dunque, introduce una procedura ablativa speciale ed esaustiva che ricompone il contrasto tra l'interesse privato e l'interesse generale: "*l'adozione dell'atto, unitamente alla liquidazione dell'indennizzo, rappresenta il necessario presupposto per il trasferimento del diritto di proprietà in favore dell'amministrazione*" che comporta la cessazione dell'illecito permanente. Sono così tipizzati i poteri dell'autorità che risulta titolare di una funzione "*doverosa nell'an*" ma discrezionale nell'esito, consistente nella scelta tra la restituzione del bene al privato - previa rimessione in pristino - e acquisizione alla mano pubblica con corresponsione dell'indennizzo, salvo in entrambi i casi il risarcimento del danno per il periodo di occupazione illegittima con salvezza dei danni ulteriori. Anche la facoltà di autodeterminazione del privato è "*conformata*" poiché allo stesso è attribuita la potestà di compulsare la pubblica amministrazione all'esercizio del potere/dovere finalizzato a far cessare l'illecito permanente conseguente alla realizzazione di un'occupazione senza titolo.

Pertanto, altre strade non sono percorribili in quanto preminenti esigenze di prevedibilità della fattispecie ablativa/acquisitiva, escludono che l'atto unilaterale di rinuncia abdicativa possa ricondurre la situazione di fatto a legalità. A fronte dell'eventuale inerzia dell'amministrazione, è possibile ricorrere all'azione *ex* artt. 31 e 117 c.p.a. o all'assegnazione nella sentenza di cognizione di un termine per provvedere *ex* art. 34, comma 1, lett. b) c.p.a.: "*viene, con ciò, offerta al privato una tutela celere, concentrata e definitiva dell'interesse leso, senza necessità di ricorrere alla costruzione della rinuncia abdicativa. Ricorso, per quanto si è detto, non più consentito in assenza di una lacuna legislativa e anzi in presenza di una disciplina volta a fornire una base legale specifica, certa e prevedibile, all'effetto ablativo della proprietà*".

Da qui la Plenaria evidenzia che tali conclusioni rendono superfluo affrontare l'ulteriore quesito sottopostogli[85], ma ciononostante dallo stesso è possibile trarre un ulteriore rafforzamento delle criticità alla teoria della rinuncia abdicativa. Difatti, si evidenzia che dalla proposizione della domanda risarcitoria avente ad oggetto la richiesta di una somma corrispondente al controvalore del bene pregiudicato, non è possibile ricavare la volontà di mantenere o meno la titolarità del bene stesso. In altri termini, tale domanda non è incompatibile con la volontà di permanere titolare del diritto di proprietà, in quanto il danno da perdita del godimento del bene può equivalere al valore di scambio e dunque si è in presenza di una richiesta neutra rispetto alla volontà di rinunciare o meno alla proprietà. Inoltre, la circostanza che l'atto abdicativo comporti quale effetto la perdita del diritto dominicale, fa si che ragioni di certezza giuridica, accessibilità, precisione e prevedibilità, non consentano che la stessa possa scaturire da meri atti processuali a contenuto non univoco.

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 1350, n. 5, c.c., vanno redatti per iscritto "*gli atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti*" tra i quali rientra anche il diritto di proprietà; pertanto, l'atto che contiene la rinuncia tacita della proprietà, richiedendo il rispetto della forma scritta *ad substantiam*, comporta la necessità di verificare caso per caso la sussistenza di tale requisito formale.

Le molteplici criticità alla teoria della rinuncia abdicativa conducono l'Adunanza plenaria a concludere nel senso che "*per le fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 42-bis d.p.r. n. 327/2001 la rinuncia abdicativa del proprietario* […] *non costituisce causa di cessazione dell'illecito permanente dell'occupazione senza titolo*".

6. *Conclusioni*

Se l'Adunanza plenaria nel 2016 si era semplicemente limitata ad elencare gli strumenti di tutela del privato esposto ad un'occupazione *sine titulo* menzionando, tra gli altri, anche la rinuncia abdicativa implicita nella richiesta di risarcimento del danno per equivalente - senza ulteriori approfondimenti -, oggi la stessa si è determinata in

[85] Par 16 (ii): "*se la rinuncia abdicativa possa, in linea generale, ritenersi implicita nella domanda risarcitoria per equivalente proposta in sede giudiziale*".

senso opposto affermando la sua inammissibilità come causa di cessazione dell'illecito permanente. Da qui si pone il dubbio del se, nonostante il "cambio di rotta" della Plenaria, possa dirsi consolidato in tal senso il pensiero dei giudici amministrativi e quindi terminato il contrasto tra questi ed i giudici ordinari.

Difatti è doveroso ricordare che la Cassazione richiama tra gli strumenti in grado di superare le occupazioni illegittime, la restituzione, l'accordo transattivo, l'usucapione compiuta dall'ente occupante e la "*rinuncia del proprietario al suo diritto, implicita nella richiesta di risarcimento dei danni per equivalente*"; secondo la Corte, al proprietario è sempre concessa la tutela risarcitoria in alternativa alla tutela restitutoria, da cui deriva un'implicita rinuncia al diritto dominicale sul fondo irreversibilmente trasformato. In tal modo si valorizza il principio di concentrazione della tutela, consentendo al privato espropriato di adire lo stesso giudice sia per la fase amministrativa sulla legittimità degli atti espropriativi, sia per quella civilistica di determinazione del *quantum* risarcitorio; così come si fornisce al proprietario una maggiore garanzia, poiché il *quantum* deve essere corrisposto a titolo di risarcimento del danno (ordinariamente integrale) e non a titolo di indennizzo (parametrato al valore del bene perduto).

Diversamente la giurisprudenza amministrativa, in forza di una molteplicità di argomentazioni, nega la possibilità di configurare nel settore delle espropriazioni tale rinuncia. Ciò in ragione - come visto - della mancata giustificazione dell'effetto acquisitivo in capo alla pubblica amministrazione, per il quale non è utilizzabile l'art. 827 c.c., né la trascrizione del provvedimento di liquidazione, né tanto meno è possibile un'applicazione in via analogica di altre fattispecie di acquisto a titolo originario per fatti occupatori, ovvero il ricorso a fattispecie traslative complesse di costruzione pretoria mediate da eventuali sentenze costitutive, né da ultimo riconoscere la formazione tacita di un accordo traslativo tra privato e p.a.. Inoltre l'assenza di una base legale che legittimi la compressione del diritto di proprietà del privato attraverso un atto unilaterale dello stesso e, al contrario, la tipizzazione dei poteri esercitabili dall'amministrazione, escludono la rinuncia che non può essere desunta da una mera domanda di risarcimento del danno.

La tematica sottende la continua tensione tra autorità e libertà, ovvero fino a che punto il potere autoritativo della pubblica amministrazione esercitato nel perseguimento del pubblico interesse, possa giustificare compressioni del diritto di proprietà del privato riconosciuto e garantito dalla Carta Costituzionale, la stessa Carta che autorizza le limitazioni al diritto dominicale in vista della sua funzione sociale. Le obiezioni sollevate dai giudici amministrativi hanno il merito di rispettare il dettato normativo in presenza di una disciplina che fornisce una base legale specifica, certa e prevedibile all'effetto ablativo della proprietà: da un lato la pubblica amministrazione è dotata di un potere di natura vincolata nell'*an* ma discrezionale nel *quomodo*, che le permette di ricondurre la situazione di occupazione illegittima nell'alveo della legalità; dall'altro, l'iniziativa procedimentale ed il successivo giudizio sul silenzio – evidenzia la Plenaria – costituiscono i mezzi con cui il proprietario può far valere il suo interesse a conseguire il ristoro pecuniario rispetto alla restituzione del bene.

Ad oggi quindi la tutela offerta al privato è riconosciuta dall'Adunanza plenaria come una tutela "*celere, concentrata e definitiva*" senza più alcuna necessità di ricorrere all'istituto della rinuncia abdicativa, che rimetterebbe alla determinazione unilaterale dello stesso, la decisione circa la sorte del bene. Può dirsi così rispettato quel principio di effettività della tutela proclamato a più riprese a livello costituzionale (art. 24), nazionale (art. 1 c.p.a.) e sovranazionale (art. 6 e 13 CEDU).

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALPA G., BESSONE M., FUSARO A., *Costituzione economica e diritto di proprietà: la funzione sociale della proprietà*, in *altalex.com*, 2004; DHIMGJINI I., *Il diritto di proprietà nell'ordinamento giuridico europeo*, in *altalex.com*, 2013; FACONDINI L., *Espropriazione per pubblica utilità, cessione volontaria dell'immobile e rinuncia abdicativa: i recenti approdi giurisprudenziali*, in *diritto.it*, 2020; FINOCCHIARO A., *Il diritto di proprietà nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *cortecostituzionale.it*, 2009; GUARRACINO M., *L'eclissi della rinuncia abdicativa nel procedimento espropriativo*, in *diritto.it*, 2020; LOGIUDICE F., *Incostituzionale l'acquisizione coattiva sanante*, in *altalex.com*, 2010; MARI G., *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della*

giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016; MARI G., *Rinunciabilità della proprietà e occupazione sine titulo*, in *Treccani.it*, 2019; MARI G., STRAZZA G., *L'acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015 n. 71*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2015; MASTROIANNI S., *Il problema dell'ammissibilità dell'istituto della c.d. rinuncia abdicativa in relazione all'art. 42 bis del testo unico sugli espropri (nota a Consiglio di stato, Sez. IV, ord., 30 luglio 2019, n. 5400)*, in *giustamm.it*, 2019; MIGNANELLI M., *L'espropriazione per pubblica utilità nella giurisprudenza*, in *gazzettamministrativa.it*, 2018; MORELLI M., *Occupazioni illegittime della p.a.: stop alla rinuncia abdicativa*, in *legislazionetecnica.it*, 2020; RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Eur. dir. priv.*, 2010; RIVA D., *Rinuncia abdicativa al diritto di proprietà*, in *federnotizie.it*, 2018; SALVI C., *La proprietà privata: diritto di libertà o funzione sociale*, in *astrid-online.it*, 2009; SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2014; SASSO S., *Espropriazioni indirette e risarcimento del danno*, in *diritto.it*, 2019; SASSO S., *L'ammissibilità della rinunzia abdicativa tra diritto civile e diritto amministrativo*, in *diritto.it*, 2020; SERENO L., *La tutela europea della proprietà a confronto con l'istituto dell'occupazione acquisitiva*, in *diritto.it*, 2001; SPORTOLETTI J., *Ammissibilità della rinuncia abdicativa in materia di procedimento d'espropriazione*, in *ildirittoamministrativo.it*, 2020; TORTORA A., *L'espropriazione per pubblica utilità: dalle espropriazioni indirette all'acquisizione sanante. Il nuovo art. 42bis del d.p.r. 327/2001 supera il vaglio della Corte Costituzionale e della giurisprudenza amministrativa*, in *dirittoamministrativo.it*, 2015; UCCELLO BARRETTA L., *L'art. 42-bis del Testo Unico sulle espropriazioni dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 71/2015: il caso dell'acquisizione sanante "temporanea"*, in *osservatorioaic.it*, 2016.

Bundesverfassungsgericht, sentenza 5 maggio 2020 – 2 BvR 859/15, 980/15, 2006/15 e 1651/15

PRIMAZIA DEL DIRITTO EUROUNITARIO – DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E SINDACABILITÀ DEI PROVVEDIMENTI DELLE ISTITUZIONI EUROUNITARIE - LEGITTIMAZIONE GIURIDICA DELLE CORTI GIURISDIZIONALI – POLITICA ECONOMICA – OBBLIGO DI VIGILANZA DEL SINGOLO STATO UE – ECCESSO DI POTERE – DIRITTI FONDAMENTALI – PRINCIPIO DEMOCRATICO - CRISI DA CORONAVIRUS.

I provvedimenti delle Istituzioni eurounitarie sono sindacabili dal Bundesverfassungsgericht allorquando incidano sui diritti fondamentali dei cittadini tedeschi, come pure sulle prerogative degli organi costituzionali della Repubblica Federale.
Pur godendo di ampia discrezionalità amministrativa, i provvedimenti delle istituzioni eurounitarie sono soggetti ad una cognizione piena da parte del Bundesverfassungsgericht anche nell'ipotesi di violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.
Il principio democratico risulta violato dall'agere della Banca Centrale Europea allorquando questa si arroga competenze che non le spettano, come quelle in materia di politica monetaria.
Al Bundestag è riservata la rappresentanza delle supreme istanze del popolo tedesco riguardo l'appartenenza all'Unione Europea.
Il Governo Federale, il Parlamento così come la Bundesbank sono venuti meno agli obblighi di vigilanza che gravano sugli stessi in materia di politica economica e di retta amministrazione del sistema delle Banche centrali europee.
Il Public Sector Purchase Program attuato dalla BCE a partire dalla Decisione 2015/774 è illegittimo, oltre ad essere viziato da sviamento ed eccesso di potere.
La decisione adottata non riguarda alcuna delle misure di assistenza finanziaria introdotte dall'Unione europea o dalla BCE nell'ambito dell'attuale crisi da coronavirus.

* * *

JEAN PAUL DE JORIO [*]

QUALE FUTURO PER L'UNIONE EUROPEA? LA SENTENZA DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* SUL *QUANTITATIVE EASING* ATTUATO DALLA BCE: *NIHIL SUB SOLE NOVI*.

[*] Avvocato, LL.M. in *European Law*, Docente presso la Wuhan University (PRC).

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il falso mito del «dialogo tra Corti». – 3. Solange III (?): ovvero il revanscismo del *Bundesverfassungsgericht*. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La recente decisione della Corte costituzionale federale pubblicata nel maggio scorso – che si è pronunciata sul *quantitative easing* della BCE – ha ricevuto vasta eco di stampa, suscitando una miriade di commenti, la maggior parte dei quali hanno sostenuto l'assunto secondo cui la sentenza del massimo plesso giurisdizionale tedesco abbia inferto un «colpo mortale» al processo di integrazione europea, se non addirittura all'UE in quanto tale.

Orbene, il *decisum* della «Corte di Karlsruhe» si inserisce nel solco di un consolidato filone giurisprudenziale che risale alla fine degli anni sessanta del secolo scorso, e non è certo unico nel panorama continentale.

I Giudici delle Leggi di molti Stati Membri dell'Unione, *in primis*, la nostra Consulta, sono giunti numerose volte a conclusioni del tutto analoghe a quelle formulate dal *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*), rivendicando in maggiore o minore misura la potestà di decidere sulla costituzionalità dei provvedimenti eurounitari, sostenendo la primazia delle singole Leggi fondamentali sul diritto europeo, circoscrivendo o addirittura negando la cessione di sovranità verso questo *tertium genus* di organizzazione internazionale che è l'Unione Europea.

Quello che è mutato rispetto alle precedenti decisioni rese dalla Corte costituzionale tedesca è il contesto ove essa è maturata.

Sino ad un recente passato, la Germania era ancora oberata dal pesante fardello della sconfitta subita nel secondo conflitto mondiale e dalle conseguenti limitazioni formali e sostanziali che da essa scaturivano. Oggi invece Berlino ha conquistato un ruolo sicuramente preponderante se non addirittura egemonico all'interno dell'Unione, rispetto al passato, non incontrando alcuna opposizione da parte degli altri Stati membri.

A ciò si aggiunga, che sulla decisione resa il 5 maggio scorso, hanno inciso non secondari profili metagiuridici e delicati equilibri politici tutti interni alla Germania, che non sono stati valutati o approfonditi

come avrebbe dovuto essere fatto, da parte di chi si è espresso su tale sentenza.

2. *Il falso mito del «dialogo tra Corti»*

Nel gennaio 2015 – seguendo l'esempio della *Federal Reserve*, della *Bank of England* come pure della 日本銀行[1] – il Consiglio direttivo della BCE decideva di espandere il proprio *asset purchase program*, cioè il programma di acquisto di titoli pubblici e privati dei paesi dell'UE, più noto come *quantitative easing*, per sostenere le economie del «Vecchio continente» alle prese con bassi livelli di crescita e con la deflazione.[2] Il *Public sector purchase program* (*PSPP*) veniva ad aggiungersi in maniera preponderante, ai già esistenti *Asset-backed security purchase program* (ABSPP) e al *Covered bond purchase program* (CBPP3).[3]

Trattasi di una misura di politica monetaria non convenzionale di ispirazione neokeynesiana, già sperimentata con successo negli Stati Uniti, nel Regno Unito e soprattutto in Giappone, avendo prodotto un notevole e positivo impatto sui mercati finanziari.[4]

Paese quello del «Sol levante», che può essere considerato a tutti gli effetti come il pioniere di questa *policy*, avendo fatto ripetutamente ricorso al *Qe* sin dai primi anni 2000.[5]

Lo scopo del *quantitative easing* è quello di fornire uno stimolo monetario a lungo termine allorquando i saggi di interesse sono già molto bassi, ma, nonostante ciò, le economie hanno tendenze recessive e non espansive.[6]

L'obiettivo della *PSPP*, come puntualizzato al «considerando» 7 della Decisione 2015/774 della BCE era quello di "*mitigare i rischi*

[1] Banca del Giappone.

[2] J.W. van den End, J. de Haan e I. Kearney, *Quantative easing (QE) in the Euro area: an exposition*, «Journal for Comparative Government and European Policy», vol. 13, n. 1, 2015, p. 87.

[3] R.S.J. Koijen, F. Koulischer , B. Nguyen e M. Yogo, *Euro-Area Quantitative Easing and Portfolio Rebalancing*, «The American Economic Review», vol. 107, n. 5, 2017, p. 622.

[4] J.W. van den End, J. de Haan e I. Kearney, *op. cit.*, p. 93.

[5] J.H. Makin, *Japan Global Quantitative Easing*, «American Enterprise Institute for Public Policy Research», n. 10, 2010, p. 1.

[6] Sinclair P. e Ellis C., *Quantitative easing is not as unconventional as it seems*, «Oxford Review of Economic Policy», vol. 28, n. 4, 2012, p. 839.

relativi alle previsioni sull'evoluzione dei prezzi … sostenendo in tal modo i consumi aggregati e la spesa per investimenti nell'area dell'euro e contribuendo in ultima analisi ad un ritorno dei tassi di inflazione a livelli inferiori ma prossimi al 2% nel medio termine … l'ingente volume di acquisti del PSPP contribuirà a raggiungere il sottostante obiettivo di politica monetaria di indurre gli intermediari finanziari ad aumentare la fornitura di liquidità al mercato interbancario e quella di credito all'economia dell'area dell'euro".

Il maggiore vulnus alla efficacia del *Qe* si rinviene nella possibilità, più che concreta, di produrre degli squilibri finanziari dovuti ad una non corretta allocazione delle risorse, soprattutto in una "*bank-based economy*" come quella europea, mentre tale tipo di intervento si rivela maggiormente incisivo in una "*market-based ecomomy*" come quella statunitense.[7]

La Corte costituzionale federale accoglieva, come vedremo in prosieguo, larga parte dei rilievi mossi al *PSPP* della BCE ritenendo tale politica viziata da sviamento, eccesso di potere oltre che lesiva dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, censurando la condotta (soprattutto omissiva) del Governo e Parlamento tedeschi giacché contraria al combinato disposto dell'art. 38, comma 1° e degli artt. 20, commi 1° e 2°, e 79, co. 3°[8] della Legge fondamentale[9], giungendo a conclusioni del tutto opposte rispetto a quelle formulate dalla Corte di Giustizia in merito alla legittimità del *Qe*.[10]

Lo stesso *Bundesverfassungsgericht* statuiva che il programma attuato dalla Banca centrale europea aveva anche eluso le prescrizioni del cd. *Capital key*, acquistando titoli italiani e spagnoli in eccesso rispetto a quanto consentito.

Vicenda quest'ultima che ricorda molto da vicino il caso *Costa c. ENEL*, laddove la Corte di Giustizia[11] e la Consulta[12] pur

[7] J.W. van den End, J. de Haan e I. Kearney, *op. cit.*, p. 89.

[8] Norma quest'ultima che sancisce la cd. «garanzia di eternità», secondo cui alcune norme contenute nel dettato costituzionale, sono immodificabili.

[9] Secondo la Corte costituzionale sarebbe stato vulnerato il principio democratico nelle sue varie declinazioni, venendo operata una surrettizia riforma in senso sostanziale del dettato della Legge fondamentale.

[10] CGUE, Grande Sezione, causa C-493/17, 11 dicembre 2018, ECLI:EU:C:2018:1000, Weiss e a.

[11] CGUE, causa C-6/64, 15 luglio 1964, ECLI:EU:C:1964:66, Flaminio Costa c. ENEL.

[12] Corte cost., 7 marzo 1964, n. 14.

pronunciandosi sulla medesima questione (il giudice conciliatore di Milano aveva infatti contestualmente rimesso gli atti alla Corte costituzionale ed effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo), arrivarono a formulare decisioni del tutto contrastanti.

Non sarà perciò fuor di luogo ripercorrere, seppur brevemente, in considerazione della sua attualità, le tappe della lunga *querelle* tra la CGUE e le Corti Supreme o nazionali dei singoli Stati membri riguardo al valore da conferire nei loro ordinamenti al diritto comunitario prima, e a quello eurounitario poi, come pure l'ampiezza del sindacato giurisdizionale attribuito e che si attribuiscono, i vari plessi giusdicenti.

«L'ascesa» del diritto europeo, a livello ordinamentale si deve soprattutto a due principi frutto dell'esegesi della Corte di Giustizia, cioè quello della primazia del diritto comunitario e dell'«effetto diretto».

Occorre segnalare che dopo un iniziale entusiasmo dettato da ragioni prevalentemente economiche, gli originari fondatori dell'«edificio comunitario», come pure gli Stati che via via diventavano membri della CEE, hanno avuto contezza di come in realtà l'adesione alla Comunità incidesse profondamente sull'esercizio delle prerogative statuali e sulle «rivendicazioni» giuridiche dei singoli, laddove sia i Trattati così come Regolamenti e Direttive riconoscevano molto spesso ai cittadini diritti negati invece a livello nazionale.

Uno dei più «feroci» scontri tra giudice europeo e corti nazionali si è combattuto, come ben noto, attorno al cd. «effetto diretto» delle Direttive, e ancor prima dei Trattati ed in minor misura dei Regolamenti.

Un lungo percorso iniziato nella prima metà degli anni '60[13] per proseguire tra coraggiose prese di posizione della Corte di Giustizia[14], compromessi[15] e battute di arresto[16], sino ai nostri giorni.

[13] CGUE, causa C-26/62, 5 febbraio 1963, ECLI:EU:C:1963:1, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte.

[14] CGUE, causa C-43/75, 8 aprile, 1976, ECLI:EU:C:1976:56, Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena.

[15] CGUE, cause C-6/90 e C-9/90, 19 novembre 1991, ECLI:EU:C:1991:428, Andrea Francovich, Danila Bonifaci ed altri c. Italia.

[16] CGUE, causa C-176/12, 15 gennaio 2014, EU:C:2014:2, Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT e altri.

Le autorità e le giurisdizioni nazionali, gelose della propria autonomia e del proprio *jus dicere*, hanno avversato e continuano ad avversare, il dinamismo della Corte UE che per il tramite dell'istituto del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE – oggi trasfuso nell'art. 267 del TFUE – è intervenuta in prima battuta con le proprie pronunce nei singoli ordinamenti, sancendo non solo la *regula juris* applicabile al caso concreto, ma anche affermando un principio di diritto valido *erga omnes* in tutti gli Stati membri.

Laddove poi il recepimento del diritto europeo fosse ostacolato dai principi elaborati dalla stessa Corte o dai Trattati[17], i Giudici del Lussemburgo hanno ripetutamente affermato la dottrina dell'«interpretazione conforme»[18], laddove i giudici nazionali posti di fronte ad un contrasto tra normativa interna e norma comunitaria, dovevano applicare la seconda a scapito della prima[19].

Se il riconoscimento della primazia del diritto comunitario è stato implicito nella sentenza *van Gend & Loos*[20], tale principio si è palesato di tutta evidenza nella successiva pronuncia *Costa c. ENEL*[21].

Profilo quello della primazia che è stato ulteriormente precisato nelle sentenze *Simmenthal*[22], *Internationale Handelsgesellschaft*[23] e *Melloni*[24], dovendosi considerare prevalente nella gerarchia delle fonti il diritto UE rispetto ai provvedimenti legislativi nazionali (anche se emanati successivamente a quelli comunitari), come pure sulle disposizioni

[17] Ad esempio in materia di effetto diretto orizzontale delle Direttive.

[18] CGUE, causa C-106/89, 13 novembre 1990, ECLI:EU:C:1990:395, Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA.

[19] CGUE, Grande Camera, causa C-282/10, 24 gennaio 2012, ECLI:EU:C:2012:33, Maribel Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique and Préfet de la région Centre.

[20] CGUE, causa C-26/62, 5 febbraio 1963, ECLI:EU:C:1963:1, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte.

[21] CGUE, causa C-6/64, 15 luglio 1964, ECLI:EU:C:1964:66, Flaminio Costa c. ENEL.

[22] CGUE, causa C-106/77, 9 marzo 1978, ECLI:EU:C:1978:49, Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal SpA.

[23] CGUE, causa C-11/70, 17 dicembre 1970, ECLI:EU:C:1970:114, Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.

[24] CGUE, Grande Camera, causa C-399/11, 26 febbraio 2013, ECLI:EU:C:2013:107, Stefano Melloni v Ministerio Fiscal.

costituzionali, gravando sui giudici dei singoli Stati aderenti all'Unione, l'obbligo giuridico – laddove si trovassero confrontati ad una ipotesi di antinomia tra norme – di applicare quella sovranazionale disattendendo il precetto sancito in quella interna.[25]

Nell'elaborazione teleologica del richiamato principio, la Corte di Giustizia ha affermato che la primazia del diritto eurounitario costituisce un elemento essenziale ed imprescindibile del processo di integrazione europea, che, laddove eluso, comprometterebbe l'ordinamento UE nel suo insieme, oltre che l'effettività e l'efficacia dei diritti riconosciuti ai singoli cittadini dallo stesso.[26]

Nel corso dei decenni, la Corte costituzionale tedesca ha ripetutamente rivendicato la possibilità – come del resto ha fatto la Consulta che sulla medesima fattispecie ha elaborato la teoria dei «controlimiti» secondo cui l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato nel nostro Paese[27] – di poter sindacare i provvedimenti emanati dalle istituzioni comunitarie laddove contrari ai diritti dell'uomo tutelati dalla Legge fondamentale tedesca.

In tale ipotesi, il *Bundesverfassungsgericht* deve intervenire allorché anche solo a livello potenziale o in senso lato, i diritti fondamentali dei consociati siano incisi in maniera negativa da parte eurounitaria.

Le pronunce della Corte costituzionale federale, sono tradizionalmente espressione degli umori dell'opinione pubblica tedesca verso il processo di integrazione europea, costituendo a tutti gli effetti un «barometro» per la classe dirigente teutonica, che per il tramite delle decisioni della Consulta, cerca ciclicamente di intercettare il consenso dell'elettorato.

L'ostilità germanica verso la CEE nasce nella prima metà degli anni '60, periodo nel quale si susseguono violente campagne di stampa contro le Comunità Europee, in parte ispirata e sostenuta

[25] CGUE, cause da C-10/97 a C-22/97, 22 ottobre 1998, ECLI:EU:C:1998:498, Ministero delle Finanze v IN.CO.GE.'90 Srl, Idelgard Srl, Iris'90 Srl, Camed Srl, Pomezia Progetti Appalti Srl (PPA), Edilcam Srl, A. Cecchini & C. Srl, EMO Srl, Emoda Srl, Sappesi Srl, Ing. Luigi Martini Srl, Giacomo Srl and Mafar Srl.

[26] CGUE, Grande Camera, causa C-399/11, 26 febbraio 2013, ECLI:EU:C:2013:107, Stefano Melloni v Ministerio Fiscal, §§58-59.

[27] Si veda ex multis Corte cost. 30 ottobre 1975, n. 232 e più recentemente Corte cost., 12 maggio 2017, n. 111, nonché Ord., 26 gennaio 2017, n. 24.

politicamente dal Partito socialdemocratico guidato da Willy Brandt che nell'ambito della sua *Ostpolitik* guardava con interesse verso il «blocco sovietico» anziché all'Europa occidentale.[28]

Nel 1967, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata relativamente ad alcuni Regolamenti CEE – venendo affermata la loro insindacabilità – il Giudice delle Leggi tedesco «suggeriva» quale in futuro potesse essere il «grimaldello» per conoscere dei Trattati e dei provvedimenti delle Comunità Europee, indicandolo nella tutela dei diritti fondamentali, fattispecie ove la primazia del diritto europeo rimaneva subordinata alla *Grundnorm*.[29]

La «catarsi» anticomunitaria trova il suo apogeo nel 1974 con la sentenza cd. *Solange I*.[30] In quell'occasione il *Bundesverfassungsgericht* affermò che "*fintanto* (*solange* N.d.A) *che il processo di integrazione non si svilupperà in maniera tale che la normativa comunitaria recepirà al proprio interno un «catalogo» di diritti fondamentali approvati da una assemblea legislativa ed aventi un valore giuridico vincolante, di eguale portata a quelli sanciti nella Legge fondamentale, potrà essere sempre sollevata la questione di legittimità costituzionale da parte dei tribunali della Repubblica Federale tedesca innanzi alla Corte costituzionale federale avverso i provvedimenti comunitari, anche a seguito di una pronuncia emessa dalla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 177 del Trattato, palesandosi tale facoltà non solo come ammissibile ma addirittura necessaria allorché il giudice tedesco la reputi necessaria ai fini della decisione. Il giudice interno può disapplicare i provvedimenti normativi sovranazionali, così come interpretati dalla Corte di Giustizia, laddove li ritenga confliggenti con i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione tedesca*".[31] [32]

Nella sostanza, il Giudice delle Leggi tedesco si riservava la facoltà di conoscere non solo le disposizioni dei Trattati e dei provvedimenti legislativi comunitari, ma anche di sindacare le pronunce della Corte di Giustizia.

Tale decisione fu oggetto nel 1976 di una apposita e storica seduta del Parlamento Europeo presieduto da Emilio Colombo, a cui seguì

[28] B. Davies, *What happens when Member States resist the European Court of Justice? A multi-modal approach to the history of European Law*, «Contemporary European History», vol. 21, n. 3, 2012, p. 423.

[29] BVerfGE 22, 293, 1 BvR, 248/63 e 216/67.

[30] BVerfGE 37, 271, 2 BvR 52/71.

[31] §§ 23 e 24 della sentenza.

[32] Traduzione dell'autore.

una Dichiarazione congiunta delle istituzioni comunitarie l'anno successivo[33], ove si evidenziava – diversamente opinando rispetto alla sentenza della II Sezione del *Bundesverfassungsgericht* – l'assoluta centralità dei diritti dell'uomo nell'ordinamento comunitario.[34]

Nel 1979, seguì una decisione della «Corte di Karlsruhe» in senso più «europeista», laddove si statuiva che la cognizione del Giudice delle Leggi era limitata solo a determinate fattispecie, il vaglio di legittimità essendo circoscritto al diritto comunitario primario, cioè ai Trattati che non potevano confliggere con la *Grundgesetz*.

Tale passo indietro rispetto alla sentenza *Solange I* coincideva con una politica sovietica assai più aggressiva rispetto al passato (erano gli anni in cui l'URSS era guidata da Leonid Brežnev) e la spinta del «Blocco orientale» contro l'Occidente ed i suoi alleati si era fatta molto intensa.

In quello stesso periodo aveva luogo l'invasione dell'Afghanistan, e si susseguivano le ingerenze sovietiche in America Latina e le campagne militari dei «satelliti» di Mosca (tra cui la Repubblica Democratica Tedesca e Cuba) nell'Africa meridionale.

La Germania temeva di rimanere isolata e perciò non poteva certamente incrinare ulteriormente i suoi rapporti con i *partners* europei, tanto che la sentenza del *Bundesverfassungsgericht*[35] può a tutti gli effetti essere considerata come un «ramoscello d'olivo».

Sul principiare degli anni '80, si imponeva elettoralmente la *CDU*, tradizionalmente più favorevole alla CEE rispetto ai socialdemocratici.

Il partito guidato da Helmut Kohl, frattanto divenuto Cancelliere, necessitava per assicurare il successo dei propri progetti politici – che in parte coincidevano con quelli del Presidente statunitense Ronald Reagan, cioè il contenimento della minaccia sovietica – di un vasto consenso, o quantomeno la non ostilità degli altri Stati membri della CEE.

Questa è la cornice politica in cui viene pubblicata nell'ottobre 1986 dalla Corte costituzionale tedesca la sentenza *Solange II*.[36]

[33] Dichiarazione del 05 aprile 1977.
[34] B. Davies, *op. cit.*, p. 429
[35] La Corte costituzionale tedesca.
[36] BVerfGE 73, 339, 2 BvR 197/83.

Secondo la dottrina maggioritaria, tale pronuncia rappresenta un *revirement* rispetto ai precedenti arresti del *Bundesverfassungsgericht*, in quanto quest'ultimo plesso avrebbe riconosciuto che la Corte di Giustizia della CEE era giunta a tutelare efficacemente i diritti fondamentali, affermando che fintanto che questo fosse rimasto l'indirizzo giurisprudenziale della CGCE, essa avrebbe rinunciato ad esercitare il proprio controllo sugli atti comunitari.[37]

Vero è, che ad un più approfondito esame della suddetta pronuncia, non è possibile sostenere che la decisione presa nella sentenza *Solange II*, enunci principi molto diversi dalla *Solange I*.

Trattasi in realtà di un mero «ossequio formale» alla primazia del diritto comunitario. Pur affermando che l'ordinamento europeo al momento della decisione aveva raggiunto un livello sufficiente di tutela dei diritti fondamentali – simile a quello contenuto nella Costituzione tedesca – non rendendosi perciò necessario sindacare eventuali profili di illegittimità costituzionale di Regolamenti o Direttive, la stessa Corte ribadiva che in futuro la propria cognizione dei Trattati o degli atti derivati non poteva affatto essere esclusa, anzi si riservava tale facoltà.

Il *Bundesverfassungsgericht*, con un ragionamento giuridico assai sottile, partendo dalla lettera dell'art. 101, comma 2° della Costituzione, giungeva a paragonare la Corte GCE ad un tribunale tedesco con tutto quello che ovviamente ne consegue in merito alla subordinazione del plesso europeo rispetto alla «Corte di Karlsruhe».

La stessa sentenza sanciva un ulteriore ed assai rilevante principio, e cioè che i giudici tedeschi, laddove confrontati con questioni pregiudiziali di diritto comunitario dovevano investire il *BVerfG* e non la Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Veniva anche precisato il fondamento giuridico della supremazia del diritto tedesco, individuandolo nell'art. 24, comma 1° della *Grundgesetz*. Secondo la Corte costituzionale, il Legislatore tedesco aveva devoluto parte della sovranità germanica alle Comunità Europee, tuttavia, lo stesso Parlamento laddove ne ravvisasse la necessità, poteva revocare il trasferimento di poteri e competenze,

[37] Ex multis si vedano L.S. Rossi, voce *Rapporti tra norme comunitarie e norme interne*, «Digesto», Torino, UTET, 1997 e F. Astengo, *Karlsruhe-Luxembourg: a new distance after the 2009 Lisbon Treaty ruling*, «Revue Québécoise de droit international», vol. 25, n. 1, 2012, p. 162.

ritornando allo *status quo ante*. Le prerogative statuali esercitate dalla CEE secondo il *Bundesverfassungsgericht* sono dunque circoscritte dal diritto costituzionale tedesco, che di conseguenza prevale sui Trattati ed il diritto comunitario derivato.

La Corte costituzionale proseguiva affermando di essere investita di un diritto/dovere di sindacare gli atti della CEE, senza essere vincolata dalle pronunce della Corte di Giustizia. Pur dando atto di una maggiore attenzione a livello comunitario ai diritti umani, la prima poneva in rilievo come allo stato sussistevano ancora numerose carenze e lacune, in quanto i diritti fondamentali non potevano dirsi formalmente recepiti nel *corpus juris* comunitario – e perciò garantiti in maniera analoga a quanto previsto dalla Legge fondamentale – né tantomeno la giurisprudenza della CGCE poteva dirsi consolidata, e ciò nonostante la Corte di Giustizia avesse sancito già da tempo (a partire dalla sentenza *Rutili*)[38], che la CEDU faceva parte del patrimonio giuridico della CEE – a tutti gli effetti «comunitarizzandola» – in quanto gli Stati membri avevano sottoscritto e ratificato la Convenzione.

Mentre la Corte di Giustizia provvedeva a colmare le deficienze denunciate dal *BVerfG* in materia di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, e l'economia tedesca annaspava sotto il pesante fardello dell'unificazione con la Germania Orientale, il sempre «creativo» Giudice delle leggi teutonico – pur riconoscendo gli sforzi compiuti a livello sovranazionale da parte della CGCE sotto tale profilo – formulava nuove censure rispetto a quelle che avevano costituito il *leitmotiv* delle sue precedenti decisioni. Nel 1993, a seguito dell'adesione al Trattato di Maastricht, il *Bundesverfassungsgericht* veniva investito della questione di legittimità costituzionale in merito alla ratifica del suddetto accordo da parte del Parlamento. Pur rigettandola – tanto che anche allora l'attenzione dei Governi degli Stati membri, delle istituzioni comunitarie e della stampa specializzata e non, si concentrava sul dispositivo della sentenza, *prima facie* europeista e più conciliante, piuttosto che sulla motivazione nel suo insieme – il plesso giusdicente esprimeva una serie di rilievi che possono a tutti gli effetti

[38] CGCE, causa C-36/75, 28 ottobre 1975, ECLI:EU:C:1975:137, Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur.

essere considerati come il presupposto logico-giuridico delle doglianze accolte nel maggio del 2020 dalla stessa Corte.[39]

Il Giudice delle Leggi formulava diversi *obiter dicta* su cui, nel corso degli anni, sia la dottrina che la giurisprudenza articoleranno il sostrato ideologico-giuridico di quella che potremmo definire con un ossimoro, quale la «primazia-subordinata» del diritto europeo di fronte alla Costituzione tedesca.

La «Corte di Karlsruhe» osservava come la costituenda Unione Europea risentisse di un «deficit democratico» e pertanto difettava di una piena legittimità democratica nel senso di cui all'articolo 38 della *Grundgesetz*.

Il *Bundesverfassungsgericht* ravvisava ulteriori criticità sotto tale profilo negli scarsi poteri attribuiti al Parlamento Europeo e l'allora limitato novero di materie oggetto di co-decisione.

Conseguentemente competenze e prerogative trasferite dallo Stato alla UE dovevano essere ben determinate a priori, pena una violazione «strutturale» della Costituzione in quanto la Germania poteva partecipare ad uno "*Staatenverband*" (un'associazione di Stati), ma non certamente ad uno Stato federale, non avendo ricevuto tale forme di Governo alcuna investitura popolare, né tantomeno era prevista dalla stessa Legge fondamentale.

«Padroni dei Trattati» restavano per il *BVerfG* gli Stati membri, tanto che l'Unione non godeva per la Corte di una vera sovranità ma bensì di una mera autonomia decisionale da cui non può certamente scaturire un riconoscimento implicito di poteri addizionali, né tantomeno l'attribuzione all'Unione Europea di una «competenza sulla competenza» (la cd. "*kompetenz-kompetenz*").

Alla luce di tali considerazioni, la «Corte di Karlsruhe» ribadiva la possibilità di conoscere della legittimità degli atti comunitari rispetto al parametro costituzionale della tutela dei diritti umani e del principio democratico di cui alla *Grundgesetz*.

A seguito dell'adesione tedesca al Trattato di Amsterdam, il *BVerfG* era chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della partecipazione tedesca all'Unione Monetaria.

Le doglianze che venivano mosse a tale ulteriore fase del processo di integrazione europeo, si articolavano sulla violazione del principio

[39] BVerfGE 89, 155, 2 BvR 2134/92 e 2159/92.

democratico, del diritto di voto dei cittadini tedeschi e sul sovvertimento dei pilastri dello Stato di diritto.

Secondo i ricorrenti vi era stato un indebito trasferimento di competenze all'Unione Europea, un conseguente svuotamento delle prerogative parlamentari e perciò una vulnerazione della Legge fondamentale.

La politica monetaria comune ed il Sistema delle Banche centrali venivano parimenti contestati sotto il profilo della lesione delle disposizioni costituzionali inerenti allo «Stato sociale», così come di quelle poste a tutela della proprietà e del risparmio.

Nel dichiarare inammissibile la quasi totalità dei motivi di gravame, e rigettando i rilievi mossi ex art. 38 della *Grundgesetz*, il *Bundesverfassungsgericht* – con una assai scarna motivazione – evitava di formulare qualsivoglia *obiter dicta* in senso antieuropeista, come invece avvenuto nelle sue precedenti decisioni.[40] Il silenzio serbato al riguardo dalla Corte rifletteva le difficoltà economico-sociali ed occupazionali tutte interne alla Germania, ancora alle prese con il pesante «fardello» della riunificazione.

Il Governo tedesco non era in una posizione di forza tale da poter andare allo scontro con le istituzioni eurounitarie o con i singoli Stati membri, di cui necessitava l'appoggio per fronteggiare la crisi strutturale che stava affrontando e di cui estremamente incerti erano gli esiti. Vengono perciò omessi in tale pronuncia accenni in senso contrario all'integrazione europea (come pure principi di senso europeista che avrebbero potuto in qualche modo potuto contrastare con la consolidata giurisprudenza della Corte stessa), non contenendo l'Ordinanza del *BVerfG* del 31 marzo 1998, alcun accenno ai diritti umani, e ciò nonostante sino al Trattato di Amsterdam del 1997[41] – la Comunità Europea, frattanto divenuta Unione, non aveva esplicitamente effettuato alcun riconosciuto a livello di normazione primaria dei diritti fondamentali.

Solo nel 2000 infatti, l'Unione Europea si doterà di uno strumento come la Carta dei diritti fondamentali (peraltro di incerta natura giuridica), stilata sulla falsariga della CEDU e dei suoi Protocolli

[40] BVerfGE 97, 350, 2 BvR 1877/97 e 50/98.

[41] L'art. F, paragrafo 1°, del Trattato UE novellato, così recitava: "*L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri*".

Addizionali. Essa verrà recepita nel *corpus juris* eurounitario solamente per il tramite del rinvio esterno contenuto all'art. 6 del Trattato di Lisbona, laddove sancisce che "*L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati*".

Di fronte alle censure formulate al riguardo dal Giudice delle Leggi tedesco, così come da quello italiano, la Corte di Giustizia avvedutasi della portata destabilizzante di tali riserve, ha tentato di colmare l'evidente vuoto normativo con una giurisprudenza quanto mai «creativa», che va ben aldilà del criterio esegetico dell'interpretazione teleologica da sempre fatto proprio dal plesso sovranazionale.

Nelle sentenze *Stauder*[42], *Internationale Handelsgesellschaft*[43] e *Nold*[44] ad esempio, il giudice europeo ha affermato che i diritti fondamentali trovano pieno riconoscimento all'interno dell'ordinamento comunitario e pari tutela, in quanto facenti parte del comune patrimonio giuridico di tutti gli Stati membri.

Trattasi a tutti gli effetti di un *acquis jurisprudentiel* che si inserisce a pieno titolo nel *corpus juris* europeo.

In questa «partita di scacchi» tra plessi giusdicenti, la Corte del Lussemburgo ha ulteriormente ampliato la sfera di incidenza dei diritti dell'uomo statuendo nella sentenza *Baustahlgewebe*[45] che la Convenzione europea dei Diritti dell'uomo è *ex se justiciable* di fronte alla CGUE.

La Corte di Giustizia ha poi sancito il principio secondo cui la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è dotata della medesima valenza giuridica dei Trattati istitutivi, trovando di

[42] CGUE, causa C-29/69, 12 novembre 1969, ECLI:EU:C:1969:57, Erich Stauder c. Comune di Ulm - Sozialamt.

[43] CGUE, causa C-11/70, 17 dicembre 1970, ECLI:EU:C:1970:114, Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.

[44] CGUE, causa C-4/73, 14 maggio 1974, ECLI:EU:C:1974:51, J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità Europee.

[45] CGUE, causa C-185/95, 17 dicembre 1998, ECLI:EU:C:1998:608, Baustahlgewebe GmbH c. Commissione delle Comunità Europee.

conseguenza applicazione in merito alla stessa i principi di primazia e di efficacia diretta.[46]

Nonostante ciò, la Corte costituzionale federale non pare voler rinunciare a sindacare i provvedimenti delle istituzioni eurounitarie, come dimostra la sentenza del II «Senato» sul *PSPP* del 5 maggio scorso, in cui il «tallone d'Achille» delle Decisioni prese dalla BCE è individuato proprio nella violazione dei diritti fondamentali e nell'elusione del principio democratico.

Uno specifico precedente, prodromico a quest'ultima pronuncia e che a tutti gli effetti ne costituisce la premessa logico-giuridica, si rinviene nella decisione resa nel giugno del 2009 sempre dal *BVerfG*, sul Trattato di Lisbona.[47]

Trattasi di una sentenza dalla motivazione assai singolare, che scaturisce dal conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato sollevato da un eterogeneo gruppo di deputati espressione di tutto «l'arco costituzionale» presente nel *Bundestag*, che si doleva oltre che delle usuali violazioni del principio democratico e dei diritti fondamentali, anche della violazione da parte del Governo delle competenze e delle prerogative del Parlamento e di un sovvertimento della separazione dei poteri. La decisione del *Bundesverfassungsgericht* da un lato dichiarava legittima la partecipazione tedesca al Trattato di Lisbona (pur fissando dei «paletti» in merito al futuro del processo di integrazione europeo) e dall'altro concludeva per la illegittimità costituzionale della "*Legge di estensione e rafforzamento dei poteri del Bundestag e del Bundesrat negli affari dell'Unione Europea*" in quanto – a prescindere dal *nomen* ad essa attribuito – tale provvedimento era viziato da plurime violazioni del combinato disposto degli artt. 23, comma 1°, e 38, comma 1°, della Legge fondamentale poiché "*la legge di estensione non soddisfa tali norme in quanto non conferisce al Bundestag tedesco né al Bundesrat diritti di partecipazione sufficienti nell'ambito delle procedure di revisione dei trattati e di produzione delle fonti del diritto*".[48]

Il Giudice delle Leggi poneva altresì in rilievo come "*La legge di estensione ha la funzione di riprodurre e concretizzare nel diritto nazionale, al livello di legge ordinaria, i diritti costituzionalmente vincolati dei corpi legislativi*

[46] CGUE, Grande Camera, causa C-617/10, 26 febbraio 2013, ECLI:EU:C:2013:105, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson.

[47] BVerfGE 123, 267, 2 BvR 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08 e 182/09.

[48] § 409.

alla partecipazione al processo di integrazione europea. A questo scopo, l'intesa tra il Bundestag tedesco e il Governo federale sulla collaborazione negli affari dell'Unione Europea … risulta insufficiente, sia a causa della sua natura giuridica non univoca … sia per il suo contenuto".[49]

Orbene, tale censura era in realtà diretta a stigmatizzare il difetto di legittimazione democratica che secondo il *BVerfG* affligge l'iter legislativo e decisionale in ambito eurounitario, tanto che sui 421 capoversi di cui è composta la sentenza, solo 14 (cioè dagli §§ 406-419), erano specificamente dedicati all'esame dell'illegittimità della normativa interna.

La motivazione costituisce a tutti gli effetti un «trattatello» che raccoglie le doglianze tedesche nei confronti dell'Unione Europea, ove emerge di tutta evidenza l'ostilità germanica nei suoi confronti, tanto da lamentare di fronte alla procedure decisionali semplificate in ambito UE [50] "*La perdita di influenza tedesca nel Consiglio … deve essere prevedibile per il legislatore al momento della ratifica del Trattato di Lisbona anche in considerazione dei singoli casi di applicazione. Solo allora l'assenso anticipato dello Stato membro a una modifica successiva dei trattati dispone di una legittimazione democratica sufficiente. L'unanimità nel Consiglio europeo o nel Consiglio sulla modifica delle diposizioni procedurali richiesta dalle clausole di passerella non offre una garanzia sufficiente, perché per i rappresentanti degli Stati membri nel Consiglio europeo o nel Consiglio può non sempre essere sufficientemente riconoscibile in che misura si rinunci, per i casi futuri, al potere di veto dello Stato membro nel Consiglio. Oltre al requisito dell'unanimità nel Consiglio europeo e nel Consiglio, le clausole di passerella stabiliscono requisiti procedurali differenziati. A differenza della clausola di passerella generale dell'art. 48 paragrafo 7 comma 3 TUE-Lisbona, quelle speciali – ad eccezione dell'art. 81 paragrafo 3 comma 3 TFUE – non prevedono un diritto di opposizione dei parlamenti degli Stati membri*".[51]

Timori dettati dall'allargamento ad Est dell'Unione e dalla conseguente perdita di «peso specifico» nelle istituzioni eurounitarie, come pure dalla necessità per i governanti tedeschi di intercettare o comunque incanalare il crescente malcontento dei propri elettori verso l'integrazione europea, ma anche contro le politiche attuate a

[49] § 410.

[50] Ci si riferisce ad esempio alle clausole di «flessibilità» ed alle clausole «passerella».

[51] § 318.

livello nazionale, tanto da influire o comunque strumentalizzare la decisione della Corte costituzionale per frenare l'erosione del consenso verso i partiti tradizionali.

Il *Bundesverfassungsgericht* respinge l'idea stessa che l'Unione Europea possa strutturarsi e divenire uno Stato federale, le cui norme prevalgono sulle disposizioni legislative interne, tanto da ricondurre l'UE nel novero delle organizzazioni internazionali classiche quali le Nazioni unite o la NATO[52] in considerazione del fatto che essa è "*concepita come ente di collegamento tra Stati*" [53], ove il "*concetto di ente di collegamento denota un'unione stretta e durevole tra Stati che restano sovrani, un'unione che esercita un potere pubblico su base pattizia, il cui ordinamento di base è soggetto tuttavia all'esclusiva disposizione degli Stati membri e nella quale i popoli degli Stati membri*".[54]

Sostanzialmente: l'ordinamento costituzionale tedesco, così come costituito, rientra ai sensi dell'art. 79, comma 3° della Legge fondamentale nel nucleo «irriducibile» della Carta, non potendo subire alcuna modifica.

La «Corte di Karlsruhe» precisava, come già fatto in tutte le sue precedenti pronunce in materia (e successivamente in quella del maggio 2020), di avere una cognizione piena sui Trattati UE.[55]

Il *BVerfG* formulava poi tutta una serie di rilievi per quanto attiene l'asserito «deficit democratico» all'interno dell'Unione Europea.[56]

Nello specifico, le lacune dell'ordinamento eurounitario – una volta messo a confronto con la Costituzione tedesca – venivano individuate nel mancato recepimento nell'ordinamento UE delle garanzie proprie dello Stato sociale di diritto, nell'assenza di un vero potere democratico di azione[57], di rappresentanza[58] e di autodeterminazione democratica[59].

Assai significativi al riguardo i seguenti incisi motivazionali laddove si sostiene che "*Il principio democratico non è suscettibile di bilanciamenti, anzi è intangibile (cfr. BVerfGE 89, 155 <182>). Il potere costituente dei tedeschi,*

[52] § 376.
[53] *Staatenverbund*.
[54] § 229.
[55] § 240.
[56] Si vedano i capoversi 207 e ss.
[57] *Gestaltungsmacht*.
[58] § 285.
[59] § 244.

che si è dato la Legge fondamentale, intendeva porre un limite invalicabile a ogni futuro sviluppo politico. Una modifica della Legge fondamentale che tocca i principi sanciti negli articoli 1 e 20 della Legge fondamentale è inammissibile (art. 79 comma 3 Legge fondamentale). Questa cd. garanzia di eternità ha tolto anche al legislatore costituzionale, in sede di revisione costituzionale, ogni disposizione sull'identità dell'ordinamento costituzionale della libertà. La Legge fondamentale non solo presuppone, ma garantisce anche la condizione di Sato sovrano della Germania"[60].

Non dobbiamo perciò essere eccessivamente sorpresi dal tenore della sentenza sul *quantitative easing* in quanto tale *decisum* era assai prevedibile in quanto costituisce il naturale approdo di un lungo percorso esegetico.

3. *Solange III(?): ovvero il revanscismo del Bundesverfassungsgericht*

La pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 5 maggio 2020 costituisce una *summa* giuridico-ideologica del rapporto tra l'ordinamento tedesco e quello eurounitario, come visto dai giudici di Karlsruhe, in linea di continuità con i suoi precedenti arresti.

Laddove confrontata con una ipotesi di sviamento o di eccesso di potere, sussiste un pieno sindacato di costituzionalità da parte della Corte costituzionale dei provvedimenti emanati dalle istituzioni europee.

Esso si estende nel caso del *Quantitative easing*, anche a profili di proporzionalità, necessità e ragionevolezza del "*programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari*" e sugli effetti – diretti ed indiretti – di tale politica monetaria, non potendo le istituzioni eurounitarie invocare la discrezionalità amministrativa per impedire la cognizione del loro operato da parte del Giudice delle leggi.

La ripartizione di competenze tra UE e singoli Stati membri, non fa venir meno l'obbligo delle istituzioni europee di conformarsi al principio democratico.

Secondo la sentenza in commento infatti, l'insieme di Decisioni emanate dalla BCE incide sulla sovranità tedesca, venendo meno al riparto di competenze tra Unione e Repubblica Federale. Il *Qe* imporrebbe surrettiziamente sullo Stato ed i suoi cittadini obbligazioni

[60] § 216.

verso terzi che non sono state in precedenza neppure valutate dal Parlamento.

Il *Bundesverfassungsgericht* censura altresì il metodo usato dalla BCE nell'ideare ed attuare tale politica monetaria, come pure la responsabilità delle istituzioni tedesche che non possono recepire o applicare provvedimenti vulnerati da incostituzionalità manifesta e derivata in quanto la condotta posta in essere dalla Banca Centrale – avallata dalle autorità nazionali – elude il dettato dell'art. 123 del TFUE laddove recita: "*sono vietati la concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, da parte della Banca centrale europea o da parte delle banche centrali degli Stati membri (in appresso denominate «banche centrali nazionali»), a istituzioni, organi od organismi dell'Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali, locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri, così come l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito da parte della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali*".

Il Giudice costituzionale rimprovera al Governo e al Parlamento (ma anche alla *Bundesbank*), di essere venuti meno al processo di *integrationsverantwortung* (integrazione europea), non essendosi adoperati a garantire la conformità dell'operato delle istituzioni UE all'*integrationsprogramm* («Agenda dell'integrazione») che avrebbero apertamente travalicato rispetto alle proprie competenze.

La Costituzione tedesca non consente infatti all'Unione Europea di esercitare funzioni che non le sono state trasferite da parte degli Stati membri, come nell'ipotesi della politica monetaria e finanziaria, essendo venuto meno il sistema di «salvaguardia democratica» previsto dall'ordinamento teutonico.

Nella sostanza il *Bundesverfassungsgericht* si sostituisce alla CGUE quale «garante dei Trattati» in quanto nell'omissione di qualsiasi potere di vigilanza da parte della Corte di Giustizia, esso si trova costretto ad intervenire!

Il controllo da parte della Corte costituzionale è nominalmente indiretto (si veda l'inciso 105 della decisione), tuttavia come si evince nei capoversi successivi, esso si rivela assai pregnante, tanto da configurare un obbligo positivo che grava su tale plesso a seguito dell'omessa esplicazione di pubbliche funzioni da parte delle istituzioni tedesche ed europee.

Il *BVerfG* rivendica un sindacato giurisdizionale pieno rispetto ai provvedimenti eurounitari, come pure nei confronti delle sentenze della Corte di Giustizia[61], tanto da censurare la decisione presa da quest'ultima nel dicembre 2018 [62], affermando il principio secondo cui tale pronuncia è improduttiva di qualsivoglia effetto giuridico nell'ordinamento tedesco.[63]

In merito al *Qe*, in rilievi mossi dalla Corte costituzionale sono anche di natura economico-politica, oltre che giuridici.

Il primo *vulnus* che il *Bundesverfassungsgericht* muove al *PSPP* è quello dell'incompetenza[64], del venir meno al rispetto del principio democratico[65] e dello sviamento[66].

Il *Qe* rientrerebbe infatti nell'ambito della politica economica in larga parte di competenza esclusiva dei singoli stati e non certamente della BCE[67], risultando peraltro lesivo dei principi di ragionevolezza e proporzionalità in quanto la BCE avrebbe tenuto in non cale gli effetti e gli squilibri causati da tale programma[68].

Per quanto attiene le censure di carattere metagiuridico mosse al *Qe*, come politica monetaria, la sentenza pone in rilievo l'«effetto dopante» per l'economia della zona euro, risulterebbe: 1) premiante per gli Stati meno virtuosi a livello di politiche di bilancio; 2) creerebbe delle bolle speculative; 3) deprimerebbe i tassi di interesse penalizzando gli investitori; 4) metterebbe a rischio la stabilità monetaria dell'Unione; 5) non risponderebbe al principio di responsabilità.[69]

La Corte costituzionale conclude sancendo che le Decisioni della BCE sono *ultra vires*. Esse risultano del tutto incompatibili con la *Grundnorm* non dovendo essere applicate in Germania, eludendo il principio democratico, non potendo la *Bundesbank* parteciparvi, gravando sul Governo e sul Parlamento tedesco ai sensi degli artt. 20,

[61] § 111 della sentenza del *Bundesverfassungsgericht*.
[62] CGUE, Grande Camera, causa C-493/17, 11 dicembre 2018, ECLI:EU:C:2018:1000, Heinrich Weiss ed altri.
[63] Assai significativi al riguardo paiono i capoversi 119, 130 e 137.
[64] § 113.
[65] §§ 141 e ss.
[66] § 163.
[67] § 127.
[68] §139.
[69] §§ 170 e ss.

comma 2° e 38, comma 1°, il compito di impedire una sistematica violazione dei diritti fondamentali dei cittadini tedeschi, come pure lo sviamento di potere da parte delle istituzioni eurounitarie che vengono meno agli obblighi giuridici incombenti sulle stesse.

Trattasi di una decisione che possiede una indubbia valenza politica – che tuttavia non dovrebbe sorprendere – rappresentando la manifestazione più evidente della piena emancipazione tedesca dagli altri *partners* europei nell'ambito della UE e delle aspirazioni egemoniche nutrite dalla Germania sul continente e sulle istituzioni eurounitarie.

Dalla collegialità e dall'accettazione di regole condivise, si è passati ad un dirigismo retto da Berlino.

Sintomatica di questa unilateralità risulta il fatto che meno di un anno e mezzo prima, la CGUE si era pronunciata sulla medesima fattispecie in maniera del tutto difforme.

Come evidenziato in precedenza, la *querelle* relativa al *Public sector purchase program* e le successive analoghe misure adottate dalla BCE con Decisioni 2015/774, 2015/2464, 2016/702 e 2017/100 ha avuto un «primo atto» nel 2018, allorquando la Corte di Giustizia dell'UE ha statuito in senso favorevole al *Qe* a seguito ad un rinvio pregiudiziale proprio del *BVerfG*.[70]

Nell'ordinanza di rimessione, la Corte costituzionale tedesca adombrava l'ipotesi – nella Decisione 2015/774 e ss.mm.ii. – che essa avesse travalicato il mandato della BCE, violando altresì l'articolo 123 del TFUE.

Uno dei principali rilievi ivi contenuti verteva sul difetto di motivazione delle Decisioni della Banca Centrale Europea e sulla violazione dei relativi obblighi motivazionali sanciti all'art. 296, comma 2°, del TFUE, *petitum* del tutto sovrapponibile a quello deciso dalla «Corte di Karlsruhe» nel maggio di quest'anno.

Interessante notare le profonde divergenze giuridiche tra le diverse statuizioni.

Come cennato, una delle principali censure mosse dalla Corte costituzionale tedesca era quello dell'incompetenza e dell'eccesso di potere da parte della BCE, dovuto all'esercizio di prerogative di politica monetaria che spettano invece ai singoli Stati.

[70] CGUE, Grande Camera, causa C-493/17, 11 dicembre 2018, ECLI:EU:C:2018:1000, Heinrich Weiss ed altri.

Sul punto la CGUE sostiene l'assunto opposto, tanto da affermare che è la Banca Centrale Europea ad essere investita di tali mansioni "*per quanto riguarda più specificamente la politica monetaria, risulta dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera c), TFUE che l'Unione ha competenza esclusiva in tale settore per gli Stati membri la cui moneta è l'euro (sentenze del 27 novembre 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, punto 50, nonché del 16 giugno 2015, Gauweiler e a., C-62/14, EU:C:2015:400, punto 35)*"[71], proseguendo come "*in tale contesto, spetta al SEBC, in applicazione dell'articolo 127, paragrafo 2, dell'articolo 130 e dell'articolo 282, paragrafo 3, TFUE, definire e attuare tale politica in maniera indipendente, nel rispetto del principio di attribuzione che la Corte è tenuta a garantire, alle condizioni previste dai Trattati, mediante il suo controllo giurisdizionale (v., in tal senso, sentenze del 10 luglio 2003, Commissione/BCE, C-11/00, EU:C:2003:395, punto 134, nonché del 16 giugno 2015, Gauweiler e a., C-62/14, EU:C:2015:400, punti 37, 40 e 41)*"[72].

In merito agli scopi perseguiti dal *PSPP* e gli effetti diretti ed indiretti prodotti dal *quantitative easing* la Corte di Giustizia evidenziava che "*l'obiettivo principale della politica monetaria dell'Unione è il mantenimento della stabilità dei prezzi. Queste stesse disposizioni stabiliscono, inoltre, che, fatto salvo tale obiettivo, il SEBC sostiene le politiche economiche generali dell'Unione, al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi di quest'ultima, come definiti all'articolo 3 TUE*".[73]

I Giudici del Lussemburgo ritenevano del tutto infondate le doglianze mosse in merito alla legittimità della condotta posta in essere dalla BCE ed alla istruttoria sottesa alle Decisioni che approvavano il *PSPP*, esente per i giudici europei, da qualsivoglia censura, anche per quanto attiene eventuali ricadute «a valle» del *Qe*, profilo che invece ha attirato gli «strali» del *Bundesverfassungsgericht* nel maggio scorso.

Secondo la CGUE infatti: "*occorre ricordare che la gestione della politica monetaria implica in permanenza interventi sui tassi di interesse e sulle condizioni di rifinanziamento delle banche, il che ha necessariamente delle conseguenze sulle condizioni di finanziamento del deficit pubblico degli Stati membri … come illustrato dalla BCE dinanzi alla Corte, la trasmissione delle misure di politica monetaria del SEBC all'evoluzione dei prezzi passa in particolare attraverso*

[71] § 47.
[72] § 49.
[73] § 51.

l'agevolazione della fornitura di credito all'economia, nonché attraverso la modifica dei comportamenti degli operatori economici e dei privati in materia di investimento, di consumi e di risparmio. Pertanto, al fine di esercitare un influsso sui tassi di inflazione, il SEBC è necessariamente portato ad adottare misure che hanno determinati effetti sull'economia reale, i quali potrebbero altresì essere ricercati, per altri scopi, nell'ambito della politica economica. In particolare, qualora il mantenimento della stabilità dei prezzi imponga al SEBC di cercare di aumentare l'inflazione, le misure che il SEBC deve adottare al fine di alleggerire, a questo scopo, le condizioni monetarie e finanziarie nella zona euro possono implicare interventi sui tassi d'interesse dei titoli del debito pubblico, in ragione, in particolare, del ruolo determinante di tali tassi di interesse sulla fissazione dei tassi di interesse applicabili ai diversi soggetti economici".[74]

Anche per quanto attiene la violazione del principio della proporzionalità le due sentenze sono inconciliabili, laddove la CGUE ritiene assolutamente adeguate e giustificate le misure adottate dalla BCE [75], tanto da concludere che "*il SEBC ha effettuato un bilanciamento dei diversi interessi in gioco in modo da evitare concretamente che potessero prodursi, in sede di attuazione del PSPP, inconvenienti manifestamente sproporzionati rispetto all'obiettivo perseguito da quest'ultimo*"[76].

Analoghe considerazioni possono essere mosse all'asserita violazione del principio di ragionevolezza, censura respinta con fermezza dalla Corte di Giustizia, che diversamente opinando rispetto alla Corte costituzionale tedesca è invece dell'avviso che: "*tenuto conto dei prevedibili effetti del PSPP e poiché non consta che l'obiettivo perseguito dal SEBC avrebbe potuto essere realizzato mediante un altro tipo di misure di politica monetaria, implicante un'azione più limitata del SEBC medesimo, occorre affermare che, nella sua natura stessa, il PSPP non va manifestamente al di là di quanto è necessario per raggiungere detto obiettivo … Il PSPP è inoltre destinato, sin dall'origine, ad essere attuato unicamente durante il periodo necessario per raggiungere l'obiettivo previsto e presenta dunque carattere temporaneo*".[77]

Quanto poi alla violazione dell'art. 123 del TFUE da parte della BCE, la CGUE ha ritenuto destituiti di fondamento i rilievi formulati dal *Bundesverfassungsgericht* nell'ordinanza di rinvio.[78]

[74] §§ 64 – 66.
[75] §§ 75 e ss.
[76] § 93.
[77] §§ 81 e 84.
[78] Si vedano i §§ 134 e ss.

E' possibile conciliare l'antinomia tra i principi giuridici contenuti nelle due sentenze sul *Qe*, ovvero il destino dell'Unione Europea è già segnato? Oppure, come evidenziato da illustre dottrina, la decisione della Corte costituzionale tedesca – come quelle di altri plessi giurisdizionali europei – è espressione di un «meccanismo di difesa» del costituzionalismo liberale avverso un autoritarismo mascherato da parte delle istituzioni eurounitarie?[79]

4. *Conclusioni*

Con l'ascesa politica della Germania nelle istituzioni eurounitarie, la posizione della «Corte di Karlsruhe» si è emancipata da qualsivoglia minorità politico-giuridica nei confronti degli altri *partners* europei, della UE e della Corte di Giustizia.

Nella sostanza: o l'Unione è a «trazione tedesca», o semplicemente non è. Il rapporto di forza tra Stati membri si è rovesciato tanto che i timori della Germania in merito ad una perdita di «peso» politico a seguito dell'allargamento della UE ad Est si sono presto dissipati.

L'europeismo teutonico risente di fattori politici endogeni ed esogeni potendo essere definito come a «fasi alterne», con più che evidenti ripercussioni sul *Bundesverfassungsgericht*.

In proposito, occorre segnalare che la sentenza del 5 maggio scorso rappresenta anche una sorta di retaggio politico-giuridico di Andreas Voßkuhle, che l'indomani lasciava la presidenza del *BVerfG* a seguito della naturale conclusione del proprio mandato alla guida del plesso giurisdizionale.[80]

La pronuncia sul *quantitative easing* va anche interpretata come una critica all'allora Governatore della BCE Mario Draghi che si fece promotore di tale programma di acquisti, e più in generale a chi si oppone ai disegni egemonici di Berlino.

A prescindere dalle considerazioni che precedono, la decisione del Giudice delle Leggi tedesco non può assolutamente ritenersi

[79] G. de Búrca, *Is EU supranational governance a challenge to Liberal constitutionalism?*, «The University of Chicago Law Review», vol. 85, n. 2, 2018, p. 352.

[80] G. Beck, *Germany's judges have spoken. Should the EU be worried? Germany's Constitutional Court challenges whether the ECJ can decide the extent of its own power*, «The Critic», 26 maggio 2020.

inaspettata in quanto costituisce l'approdo esegetico di oltre quattro decenni di giurisprudenza costituzionale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ASTENGO F., *Karlsruhe-Luxembourg: a new distance after the 2009 Lisbon Treaty ruling*, «Revue Québécoise de droit international», vol. 25, n. 1, 2012; BECK G., *Germany's judges have spoken. Should the EU be worried? Germany's Constitutional Court challenges whether the ECJ can decide the extent of its own power*, «The Critic», 26 maggio 2020; BEUTLER B., BIEBER R., PIPKORN J. E WEILER J.H.H., *L'Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, il Mulino, 2001; CUYVERS A., *General Principles of EU Law*, in E. UGIRASSHEBUJA et altri (a cura di), *East African Community Law. Institutional, substantive and comparative EU Aspects*, Leiden, Brill, 2017; Id., *The scope, nature and effect of EU Law*, in E. Ugirasshebuja et altri (a cura di), *East African Community Law. Institutional, substantive and comparative EU Aspects*, cit.; DAVIES B., *What happens when Member States resist the European Court of Justice? A multi-modal approach to the history of European Law*, «Contemporary European History», vol. 21, n. 3, 2012; DE BÚRCA G., *Is EU supranational governance a challenge to Liberal constitutionalism?*, «The University of Chicago Law Review», vol. 85, n. 2, 2018; KOIJEN R.S.J., KOULISCHER F., NGUYEN B. e YOGO M., *Euro-Area Quantitative Easing and Portfolio Rebalancing*, «The American Economic Review», vol. 107, n. 5, 2017; MAKIN J.H., *Japan Global Quantitative Easing*, «American Enterprise Institute for Public Policy Research», n. 10, 2010; ROSSI L. S., voce *Rapporti tra norme comunitarie e norme interne*, «Digesto», Torino, UTET, 1997; SINCLAIR P. e ELLIS C., *Quantitative easing is not as unconventional as it seems*, «Oxford Review of Economic Policy», vol. 28, n. 4, 2012; VAN DEN END J.W., DE HAAN J. e KEARNEY I., *Quantative easing (QE) in the Euro area: an exposition*, «Journal for Comparative Government and European Policy», vol. 13, n. 1, 2015; WILKINSON M.A., *Political constitutionalism and the European Union*, «The Modern Law Review», vol. 76, n. 2, 2013.

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA
Anno I – Num. 2 – 2019

[*online*] ISSN 2704-8667
www.istituzionidirittoeconomia.eu

Recensioni

DARIO LUONGO, *Il giurisdizionalismo dei moderni. Polemiche anticurialistiche nella Napoli del preilluminismo*, Torino, Giappichelli, 2018.

1. *La crisi della coscienza europea*: Il libro di Dario Luongo non è soltanto un'ampia, documentata e rigorosa monografia su un periodo storico fondamentale nello sviluppo della cultura giuridico-filosofica, è anche un libro prezioso. Esso getta infatti una luce che mancava sulla riflessione giurisdizionalista di alcuni fra i principali protagonisti della vita giuridica e culturale della Napoli a cavallo fra Seicento e Settecento. Un libro che presenta una tale ricchezza e complessità di tematiche, analisi storico-giuridiche, che apre nuovi spunti di ricerca, riflessione e interpretazione, che qualsiasi tentativo di sintesi negli spazi angusti di una recensione risulta inevitabilmente riduttivo.

Lavorando su materiali in gran parte ancora inediti, l'Autore ha messo in risalto le strategie argomentative, i presupposti dottrinali, le cautele retoriche e le importanti aperture verso la libertà di coscienza che caratterizzarono la cultura più avanzata. Gli intellettuali che si occupavano di giurisdizionalismo, infatti, per tutelarsi dalle censure e dalle scomuniche ecclesiastiche, evitavano di pubblicare i propri trattati, per questo molti di quegli scritti non furono mai destinati alla pubblicazione, ma solo ad una diffusione limitata e controllatissima.

In quel periodo ricco di fermenti intellettuali che Paul Hazard ha definito, con felicissima espressione, della «crisi della coscienza europea» alcuni fra i maggiori intellettuali napoletani, vicini alla cultura della Rivoluzione scientifica e del pensiero critico post-cartesiano, espressero le loro posizioni su alcuni dei temi di più scottante attualità: dai rapporti fra Stato e Chiesa, alla denuncia degli abusi ecclesiastici, fino alla questione, delicatissima, della libertà di pensiero.

Sviluppando ed ampliando la strada aperta dal compianto Raffaele Ajello recentemente scomparso, maestro di intere generazioni di studiosi, Dario Luongo traccia nel suo libro un quadro della riflessione degli intellettuali dell'epoca, che, per i loro riferimenti alla cultura oltremontana più innovativa e vicina alle istanze della nuova scienza matematico-sperimentale, venivano definiti 'moderni'.

Fino alla Rivoluzione scientifica era forte la convinzione che ciò che era consolidato nella tradizione aveva un fondamento oggettivo. Per questo tutto ciò che era basato sul *consensus gentium* era 'oggettivamente' fondato. I giurisdizionalisti, almeno fino alla fine del '600, argomentavano facendo riferimento ai precedenti, sulla base di una fallacia naturalistica: la derivazione del dover essere dall'essere, un fatto compiuto che diventava norma, e la cultura giuridica tradizionale era in gran parte imperniata su questo errore metodologico. Perciò le diverse posizioni si fondavano su argomentazioni che mostravano il radicamento nella tradizione della propria tesi. Ma, allo stesso tempo, accanto a questa impostazione argomentativa tradizionale, si imponeva nei *novatores* un uso diverso della storia. Andava maturando infatti la convinzione che una coscienza storica libera dalla sudditanza nei confronti di visioni, per non dire pregiudizi, consolidate potesse diventare una leva potente di cambiamento. E fra cautele retoriche e professioni di ortodossia si facevano strada significative aperture alla incoercibilità della coscienza e alla libertà di pensiero.

2. *Nuovi assunti storiografici*: La vecchia storiografia aveva sottovalutato l'impatto del pensiero della Rivoluzione scientifica sulle materie giuridico-politiche. Esemplare fu il caso di Gioele Solari, maestro di Bobbio, che escludeva l'incidenza del cartesianesimo sulle discipline giuridiche. A sua volta la ragione preilluministica, scettica e conscia dei propri limiti era stata definita

anche come 'ragione impura', quasi una anticipazione della ragione 'pura' dell'Illuminismo maturo. È stato proprio Raffaele Ajello ad aver intuito che era più opportuno capovolgere quella definizione. La vera ragione 'pura' (scettica e moderata) era semmai da individuare nel Preilluminismo, in contrapposizione con 'l'estasi', l'esaltazione della ragione dell'Illuminismo maturo.

Tuttavia, proprio il pensiero del Preilluminismo presentava significativi elementi di radicalità sul piano teoretico, pur mantenendo allo stesso tempo un atteggiamento prudente sul piano pratico, soprattutto nel concepire l'aspetto operativo della riforma della società. Non a caso uno dei suoi punti di riferimento principali era Michel de Montaigne. Anche il filosofo di Bordeaux, che con la sua critica aveva denunciato la forza tirannica delle tradizioni, sul piano pratico-politico vedeva nella monarchia francese la sola forza che poteva imporsi sul particolarismo cetuale e sul fanatismo religioso. Un pragmatismo dettato dal buon senso che si ritrovava anche in Cartesio, il quale, in attesa di una nuova morale più saldamente fondata, riteneva saggio affidarsi alle regole della morale 'provvisoria', che prescriveva di obbedire alle leggi e ai costumi del paese in cui si era nati e si viveva.

Proprio quelle straordinarie espressioni della cultura più avanzata del tempo avevano messo radicalmente in discussione assunti che per secoli erano apparsi inattaccabili. Il principio di autorità, il circolo vizioso che portava a vedere nella tradizione una legittimazione delle prassi attuali, la 'morta sapienza' delle *auctoritates* e dell'ipse dixit non potevano reggere all'impatto con la forza dirompente della nuova scienza fondata sulla viva esperienza e sulle dimostrazioni empirico-matematiche. Non a caso, uno dei bersagli polemici principali degli intellettuali napoletani di fine Seicento erano Aristotele e la filosofia scolastica, considerati fautori non solo di dogmatismo, ma di tutte le eresie, oltre che di

quell'atteggiamento scarsamente rigoroso sul piano teoretico che mescolava teologia e filosofia.

Per esempio, studiosi come Costantino Grimaldi (Cava de' Tirreni, 30 gennaio 1667 - Napoli, 16 ottobre 1750) e Giuseppe Valletta (Napoli, 6 ottobre 1636 - Napoli, 16 maggio 1714) avevano denunciato con forza quell'indebita commistione di teologia e filosofia aristotelica che aveva condotto alla perversa pretesa di voler fare i filosofi in teologia e i teologi in filosofia (p. 368). Ecco quindi delineato un primo, rapido profilo di quegli intellettuali che, pur confermando l'uso tecnico e retorico dei precedenti storici, come poteva essere, ad esempio, quello della prescrizione, allo stesso tempo facevano un uso profondamente diverso della storia nel sostenere le proprie argomentazioni.

3. *Il dissenso religioso*: Il tema del dissenso religioso e della sua repressione consente a Dario Luongo di storicizzare il fenomeno del giurisdizionalismo ed è fra i temi centrali del libro. Era un assunto condiviso dalla gran parte degli intellettuali dell'epoca, anche di quelli più avveduti, che l'eresia minacciasse gli interessi dello Stato. Una posizione che sarebbe stata radicalmente superata da Christian Thomasius. In particolar modo l'ateismo era considerato una forma fra le più pericolose di ribellione e di insubordinazione. Una convinzione che era stata messa in discussione già nel 1682 da Pierre Bayle nei Pensieri sulla cometa, il quale aveva ammesso la possibilità di una società di atei perfettamente civile ed ordinata, affermando che anche un ateo poteva essere un uomo rispettabile, e che non era certo l'ateismo a degradare la persona, ma la superstizione e l'idolatria.

Era però pienamente coerente con il tradizionale giurisdizionalismo d'impronta regalistica sostenere che il potere civile e quello ecclesiastico dovessero cooperare nel perseguimento delle eresie. L'analisi di Dario Luongo si sofferma a lungo per quanto riguarda questa materia sui trattati anti-inquisitoriali di quei giuristi,

mettendo in evidenza le differenze che intercorrevano fra il giurisdizionalismo tradizionale e il giurisdizionalismo dei 'moderni', tema che dà il titolo all'intera trattazione.

Il giurisdizionalismo tradizionale, come si è visto, faceva un uso prevalentemente giuridico-retorico dei precedenti storici. Com'è noto, la forma mentis predominante nei giuristi ed in generale nella cultura di Antico Regime conferiva un valore normativo a tutto ciò che poteva vantare radicate fondamenta nel passato. Tuttavia quei novatores introducevano, accanto a quelli tradizionali, anche degli elementi di importante novità nello studio del passato, per cui la stessa riflessione anti-inquisitoriale apriva ulteriori spunti di riflessione politica sul potere e sui rapporti fra potere laico e potere ecclesiastico.

Soprattutto il ricorso ai precedenti storici per negare che l'inquisizione avesse messo mai piede nel Regno era centrale nelle argomentazioni degli anticurialisti napoletani. Studiando l'origine dell'inquisizione quei giuristi 'moderni' allargavano lo sguardo anche sui motivi dell'indebolimento del potere secolare e sulle cause che avevano determinato quegli eventi, risalendo, nella loro ricostruzione storica, al conflitto decennale che aveva visto contrapposti da un lato la dinastia sveva e l'ideologia imperiale, e dall'altro il potere papale e l'ideologia ierocratica. Ad aggravare ulteriormente quel quadro storico già complesso, si inseriva anche il dispiegarsi del particolarismo comunale.

Emblematica in questo senso era la posizione di Nicola Capasso (Grumo Nevano, 1671 - Napoli, 1745), il quale vedeva nel crollo della dinastia degli Hohenstaufen e nella dirompente diffusione delle realtà comunali la causa dell'imporsi della stessa inquisizione. Per far fronte comune contro l'autorità imperiale, i comuni dovettero rinunciare ad ampi spazi di sovranità, cedendo nei confronti dei pontefici su questioni di primaria rilevanza. Gli statuti comunali recepirono infatti la

normativa antiereticale, prevedendo che gli stessi magistrati laici giurassero di perseguire il dissenso religioso, pena la decadenza dalle loro cariche ed il rischio di essere perseguiti a loro volto per il crimen di eresia (p. 165).

A sua volta Pietro Contegna (Arienzo, provincia di Caserta, 1670 - Napoli, 1745) – sacerdote anticurialista, aperto alle più avanzate correnti del pensiero europeo, sensibile ai problemi economici1, protagonista nel 1714 di un importante progetto di riforma dell'Università napoletana – sottolineava il ruolo del particolarismo comunale nell'esacerbare l'antagonismo politico, con la «rabbia quasi ferina» dei contrasti fra guelfi e ghibellini. Conflitti che avevano provocato una crisi profonda in «quella parte» della penisola italiana «che giace di là dal Tronto e dal Garigliano» (p. 420). Anche il giurista di Arienzo quindi esprimeva profonde riserve nei confronti del fenomeno comunale, contrapponendo alla violenta esperienza politica comunale il Regno meridionale, su cui *per differentiam*, dava implicitamente una valutazione positiva.

Particolarmente importanti risultavano le aperture sul tema della tolleranza. Sebbene l'atteggiamento fosse formalmente prudenziale, allo stesso tempo c'erano dei varchi significativi nei confronti della libertà di coscienza. Valletta e Capasso, per esempio, prendevano le distanze dall'ateismo, e quest'ultimo criticava anche la cultura protestante. Soprattutto il giurista di Grumo sottolineava il fatto che era competenza dello Stato perseguire le eresie (p. 121). Lo studioso non taceva, infatti, i guasti a cui aveva condotto la pretesa ecclesiastica di perseguire le eresie (p. 122). Tuttavia, proprio Capasso, se da un lato respingeva la tolleranza

[1] Negli anni '20 era stato fra gli artefici della nascita del Banco di San Carlo, un'importante iniziativa riformatrice che aveva avuto fra i suoi obiettivi quello di ridimensionare l'influenza che esercitavano sull'economia i meccanismi parassitari legati agli investimenti nel debito pubblico (p. 373).

nei confronti dell'ateismo, dall'altro sottolineava che era stata proprio la persecuzione dell'eresia a fomentare l'eterodossia religiosa, allegando come esempio il caso francese, il quale era riuscito a debellare le eresie nonostante, anzi, principalmente grazie all'assenza dell'inquisizione. Una posizione molto vicina a quella di un Christian Thomasius. In questo modo, pur mostrando una formale ortodossia cattolica, l'intellettuale di Grumo Nevano apriva spiragli inaspettati alla libertà di coscienza, all'interno della quale – secondo un topos molto diffuso nell'Età moderna – solo Dio, quindi né la Chiesa né lo Stato, poteva entrare.

4. *L'immunità reale*: La seconda parte del libro è dedicata al tema dell'immunità reale. Com'è noto, il contenimento delle immunità ecclesiastiche fu al centro delle politiche perseguite nell'Età moderna dagli Stati europei. Soprattutto l'immunità reale rappresentava un notevole *vulnus* per le crescenti esigenze finanziarie dei cosiddetti Stati fiscal-militari del XVIII secolo, limitando notevolmente il gettito fiscale. Proprio la nascente ideologia economica, intesa come consapevolezza da parte del governo della centralità delle dinamiche economiche nell'organizzazione della società, segnava la volontà riformatrice del sovrano intento a promuovere la produttività e il commercio, superando quegli aspetti ancora parassitari che caratterizzavano l'economia settecentesca. Si tentava inoltre di estendere l'influenza dello Stato in quei settori (istruzione, beneficenza, ecc.) fino ad allora appannaggio soprattutto della Chiesa.

Fra gli intellettuali meridionali del primo Settecento maggiormente sensibili alle istanze riformatrici vi fu il già menzionato Pietro Contegna, che, sebbene sacerdote, negli anni '30 del '700 si occupò proprio dell'immunità reale degli ecclesiastici al fine di ridurre i privilegi del proprio ceto. La situazione era ulteriormente complicata dal fatto che, se ecclesiastici e feudatari esercitavano una giurisdizione e godevano di una immunità personale,

per tutte quelle figure minori dell'ambito ecclesiastico non era pacifico che potessero godere dell'immunità personale. Per questo a Napoli già dall'epoca angioina si era affermato il principio che dovesse essere un tribunale laico a stabilire se un soggetto fosse dell'ordine ecclesiastico.

Interessanti erano anche le considerazioni di carattere geopolitico che l'intellettuale di Arienzo faceva sulla centralità del dominio del Mediterraneo, da lui considerato un elemento fondamentale per la stabilità politica del Regno, soprattutto in funzione del contenimento della pirateria (p. 375), piaga che infestava dal Cinquecento le coste del Mezzogiorno e della Sicilia. Raffaele Ajello in Una società anomala: il programma e la sconfitta della nobiltà napoletana in due memoriali cinquecenteschi del 1996 ha calcolato che dal XVI ad almeno gran parte del XVIII secolo, ogni anno circa 30.000 persone, l'1% dell'intera popolazione del Regno, venivano prelevate dai pirati barbareschi dalle coste per essere venduti come schiavi nei mercati di Algeri o di Tunisi. Un problema che, ça va sans dire, condizionava pesantemente l'economia e lo sviluppo del commercio e delle vie di comunicazione regnicole. Contegna, infatti, riteneva che per promuovere il commercio occorreva «tenere i mari sicuri da' corsali e da' ladroni che scorrono in ogni stagione nelli più intimi seni delli Regni di Napoli e di Sicilia» (p. 381). La soluzione perciò era l'allestimento di una armata di terra e di mare. Inoltre lo studioso non risparmiava severe critiche anche al periodo vicereale e allo stesso sistema imperiale spagnolo, che aveva dissanguato le casse dell'erario napoletano a vantaggio di altre regioni. Ma il problema che maggiormente pressava l'interesse dell'intellettuale di Arienzo era la mole ipertrofica del patrimonio

ecclesiastico2, il quale godeva di una piena immunità personale e reale. L'obbligo fiscale doveva essere un dovere fondato sulla legge divina e naturale e per questo non poteva essere eluso proprio dalla Chiesa. Oltre ai limiti posti dagli imperatori romani all'immunità reale lo studioso guardava con particolare interesse anche al caso francese, considerato come emblematico. Della Francia Contegna apprezzava soprattutto la politica dei sovrani, i quali – a suo avviso – avevano tassato i beni ecclesiastici nella misura in cui la loro prudenza e la loro pietà avevano ritenuto necessario per assicurare l'interesse dello Stato (p. 432).

Come si è potuto osservare per gli altri intellettuali napoletani, anche per il sacerdote di Arienzo la storia era fondamentale per orientare l'elaborazione teorica.

Centrale negli scritti degli anticurialisti era inoltre il richiamo alla lettera di San Paolo ai Romani. Nello scritto neotestamentario era chiaro l'assunto che tutti erano soggetti ai poteri laici, i quali provenivano direttamente da Dio, per cui chi vi resisteva, disobbediva all'ordine stabilito da Dio. Allo stesso modo sull'argomento si era espresso anche Sant'Agostino. In generale la Patristica rappresentava, soprattutto per Contegna, un saldo appiglio argomentativo nei confronti delle deviazioni della Scolastica, che, come si è avuto modo già di sottolineare, era uno dei principali bersagli polemici degli anticurialisti.

5. *Conclusioni*: È soprattutto dagli anni '60-'70 del Novecento che il giurisdizionalismo ha cominciato a interessare la storiografia giuridica. Grazie a questo nuovo campo di indagine si è manifestata con sempre maggiore chiarezza la struttura estremamente composita del potere nell'Antico Regime, smentendo in via

[2] Secondo F. SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle Due Sicilie*, Palermo 1969, vol. II, pp. 71-72, «*la ricchezza della Chiesa, che gli scrittori anticurialisti opinavano ascendesse a 2/3 ed a 4/5 di quella di tutto il paese, probabilmente ammontava a circa 1/6 od 1/5*».

definitiva quell'immagine di un potere politico piramidale che si concentrava nel sovrano. Già Max Weber in Economia e società aveva sottolineato il fatto non irrilevante che se il principe era individualmente più potente rispetto ai singoli membri dell'apparato burocratico, l'apparato nella sua interezza risultava più potente del principe stesso. È quindi risultata sicuramente non corretta la visione di un assolutismo 'totalitario', mentre è certamente più vicina alla realtà quella lettura storiografica che lo interpreta piuttosto come una 'tendenza', un 'progetto'.

A partire dalla metà del XX secolo la storiografia, principalmente tedesca e anglofona ha inoltre messo in secondo piano la categoria storiografica di 'modello' statualistico per quanto riguarda l'assolutismo, ma ha focalizzato la propria attenzione sulle sue premesse socio-economiche. Ne è risultata una lettura che ha messo profondamente in discussione la definizione scolastico-manualistica, giungendo finanche a chiedersi in maniera problematica in quale misura si possa parlare di un'epoca dell'assolutismo (Rudolf Vierhaus, Nicholas Henshall, Heinz Duchhardt). Soprattutto nell'ambito del governo e dell'amministrazione è apparso chiaro quanto il potere politico del re fosse formalmente 'assoluto', ma non illimitato. Un potere sovrano limitato dal suo stesso radicamento nell'ordinamento giuridico di una società caratterizzata dal particolarismo cetuale, i cui privilegi e usi giuridici 'vincolavano' lo stesso monarca. Per cui l'assolutismo nella realtà non raggiunse nemmeno approssimativamente quel grado di razionalità dell'organizzazione politica, di integrazione e di unificazione dei sudditi che avrebbe dovuto caratterizzare l'essenza stessa dell'assolutismo (Ernst Hinrichs).

Alla luce delle più recenti conquiste della storiografia, il libro di Dario Luongo, apportando dati preziosi sulla riflessione giurisdizionalista e sulla trattatistica anti-inquisitoriale, dà un contributo importantissimo per

delineare una visione più chiara di un periodo storico fondamentale nella formazione dell'identità del Regno napoletano, evidenziandone le peculiarità e le differenze con le punte più avanzate della cultura europea del tempo. Fornendo allo studioso italiano e straniero uno strumento indispensabile di comprensione di una realtà quanto mai complessa, l'Autore ci mostra quanto quella realtà possedesse elementi di importante modernità e 'attualità', ed un respiro continentale di notevole portata.

IVAN CUOCOLO

ALESSANDRA CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, il Mulino, Bologna, 2019, pp. 341.

Il volume, curato da Alessandra Carleo, Professoressa di Matematica finanziaria e Finanza dell'assicurazione e dei fondi pensione presso l'Università degli Studi Roma Tre, dopo "Calcolabilità giuridica" (2017) e "Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti" (2018), si inserisce – come una vera e propria "trilogia" – in un filone di riflessioni svolte nei "Seminari Leibniz per la teoria e la logica del diritto" tenuti presso l'Accademia Nazionale dei Lincei.

Il titolo, piuttosto accattivante, che pare un'endiadi – per certi aspetti – così come potrebbe apparire un ossimoro – per altri punti di vista –, intende sottolineare quanto, come la Curatrice stessa scrive nella quarta di copertina, "*la decisione robotica è un arduo e grave tema, che il giurista, affascinato e insieme respinto dalla tecnica, affronta con timore e sospetto. La decisione affidata al robot non è un fenomeno anti-umano, un miracolo o una catastrofe. È una decisione 'umana', e appartiene, anch'essa, alla storia integrale dell'uomo*".

Il contributo, di grande caratura tecnico-scientifica, che va annoverato sicuramente tra quelli emergenti in tema di rapporto tra nuove tecnologie e diritto e, in special modo, tra processo, giudizio, robotica e intelligenza artificiale, si compone di un'introduzione e di quattro parti (1. La decisione robotica: premesse, potenzialità, incognite; 2. Decisione robotica giudiziale; 3. Decisione robotica negoziale; 4. Riflessioni conclusive).

L'introduzione, di Giovanni Legnini (avvocato civilista, già vicepresidente del Consiglio superiore della Magistratura e senatore della Repubblica), esplora, in

maniera sintetica, ma con raro vigore metodologico, le ipotesi di robotica utile ai fini odierni e si interroga sulla possibilità di una eventuale "sostituzione o integrazione" dell'essere umano in favore delle macchine (p. 10). Inoltre, indaga sulla robotica come soluzione per i giudizi c.d. "seriali, quantitativi e di massa", come il contenzioso tributario e pensionistico, nonché per funzioni di stralcio o di spoglio (p. 12). È interessante, inoltre, la riflessione relativa alla non sostituibilità del robot al decisore umano, in quanto la decisione è definita "attività umana complessa", soprattutto perché – secondo l'Autore – non se ne garantirebbero la neutralità e l'oggettività (pp. 13-14).

La Prima Parte del volume, composta da cinque differenti contributi, è introdotta con "Il tessitore di Goethe (Per la decisione robotica)" di Natalino Irti (Professore emerito nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"), secondo il quale "questa intrinseca connessione fra pensare umano e tecnica fu già intuita da Goethe in una delle prime scene del Faust" (p. 21) e, sopraggiunge, "il diritto appartiene al pensiero calcolante, che richiede oggettività e impersonalità. Questa secolare tensione, questo sforzo di trascendere le oscure incognite del soggettivismo, è ora approdato alla funzionalità tecnica del robot, che non è il super-uomo né l'anti-uomo, ma appartiene, anch'esso, alla storia dell'uomo" (p. 21).

Si prosegue con il contributo di Giovanni Mammone (attuale Primo Presidente della Corte di Cassazione), il quale, soffermandosi sulla relazione tra il diritto e le tre leggi di Asimov, traccia un percorso riepilogativo sull'applicazione delle nuove tecnologie – specie telematiche – presso la Corte di legittimità, in particolar

modo grazie al supporto del Centro elettronico di documentazione (CED).

Entra più nello specifico Antonio Carcaterra (Professore ordinario nella facoltà di Ingegneria presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"), il quale si sofferma sulla c.d. "rivoluzione robotica" e ne esplica limiti, condizioni e metodologie. Da tecnico della materia, ripropone delle formule matematiche da applicare al ragionamento giuridico, essendo – soprattutto – molto attento ad osservare la realtà, della quale ne prospetta e presenta specifici modelli algoritmici (p. 43). Interessante è l'intersezione ermeneutica che pone tra la decisione giuridica e quella robotica, il cui aspetto centrale è insito nella "responsabilità circa le conseguenze che la decisione presa reca" (p. 51). Decisiva risulta essere l'indagine condotta circa l'applicabilità robotica delle "fattispecie giuridiche" e la misurazione/metrica del valore. Insomma, un robot può rendersi conto dei valori umani sui quali si fonda – anche e soprattutto – la decisione umana? (pp. 59-61).

Contributo di assoluta importanza risulta essere, sempre nella Prima Parte del lavoro, quello di Massimo Luciani (Professore ordinario nella facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"), in quanto pone una serie di interrogativi, ma soprattutto di riflessioni – stimolanti la curiosità dei giuristi – relativamente alla c.d. "spersonalizzazione della funzione giurisprudenziale" (p. 73) e a quelli che l'Autore stesso definisce "i nemici della decisione robotica" (p. 78). Inoltre, analizza il rapporto tra la decisione robotica e istituti rilevanti dal punto di vista processuale, soffermandosi sulla dottrina giuridica del robot (p. 85), sul rapporto tra robot e precedenti, sulla relazione tra

giudice-robot e raffronto tra norme e sulla difesa tecnica ai tempi dell'avvento della robotica. Inoltre – riformulando un suo stesso interrogativo – "che effetti avrà la pronuncia del giudice-robot e che tipo di motivazione potrà mai adoperare? In sintesi, il robot ha davvero l'ultima parola?" (p. 91).

In termini antropologici e di fenomenologia giuridica, si pone lo scritto di Derrick De Kerckhove (sociologo e giornalista belga naturalizzato canadese), il quale, con "La decisione datacratica", analizza il rapporto tra diritto, società, fenomeni sociali e big data (p. 99), ponendo degli interrogativi centrali, tra i quali quello relativo al "potere dei dati", specie attraverso i canali social-media e le piattaforme robotiche ed "intelligenti" delle quali – ormai – la maggior parte della società fa uso.

La Seconda Parte del volume, composta da cinque contributi e relativa specificamente alla decisione robotica giudiziale, si apre con "Il 'problema' del giudice-robot" di Enzo Vincenti (Consigliere della Corte di Cassazione), il quale, partendo da una concezione di postmodernità (p. 111) arriva alla disamina dell'applicazione della robotica secondo le linee guida dell'Unione europea e, in particolar modo, delle "aporie di legittimità" che potrebbero palesarsi con la Convenzione EDU, specie in relazione ai requisiti del giudice dettati in tema di "giusto processo". Non è l'unico – ma ne parla approfonditamente nel suo scritto – a focalizzare l'attenzione sulla nozione di "giustizia predittiva", tracciandone – seppur in maniera "minimalista" (p. 123) – riflessioni e strategie di risoluzione.

Si passa al contributo di Maria Rosaria Covelli (Presidente del Tribunale di Viterbo dal 2016), che si

focalizza sul rapporto tra robotica e "giudice di merito", evidenziando come l'attività dello jus dicere sia stata già influenzata dal nuovo approccio al Processo civile telematico (PCT), riflettendo – di contro – anche sul caso COMPAS, relativamente alla giustizia penale predittiva negli Stati Uniti e sulla Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari (p. 136).

Sulla giustizia "high tech", invece, si focalizza la riflessione di Luisa De Renzis (Procuratrice generale presso la Corte di Cassazione), la quale, partendo dalle dissertazioni filosofiche del matematico Leibniz, arriva ad enucleare la nozione di "diritto tecnologico" (p. 141), passando attraverso l'algoritmizzazione della giustizia, chiarendone limiti, condizioni e presupposti, ma soprattutto le conseguenziali configurazioni di responsabilità (pp. 145-148). Inoltre – facendo nostro, anche in questo caso, un suo interrogativo – "è possibile impugnare la decisione robotica?" (p. 153). In definitiva, "la giustizia robotica va sempre affiancata alla 'custodia della legalità'" (p. 153).

I robot possono "pronosticare" oppure "elaborare una prognosi delle decisioni giudiziali"? Questo è l'interrogativo da cui muove l'analisi – breve, ma puntuale – di Marisaria Maugeri (Professore ordinario presso l'Università di Catania). L'Autrice cerca di elaborare una soluzione – arrivando a prevedere persino una risposta –, ritenendo che la giustizia robotica debba "garantire che la giustizia umana in generale sia più rapida e che le risorse vengano impiegate per le questioni più controverse" (p. 164).

In merito al rapporto tra decisione robotica e giudice amministrativo, si pone il contributo, facente parte sempre della Seconda Parte del lavoro, di Filippo Patroni

Griffi (Presidente del Consiglio di Stato), attraverso il quale si evidenziano delle perplessità applicative e dei forti interrogativi. "Resta il problema della 'persona' del giudice: la prevedibilità della decisione resta influenzata dalla persona del giudice e richiede quindi una sua 'proliferazione', come spesso si sostiene? Oppure, e all'opposto, la prevedibilità richiede, al massimo grado, di prescindere dalla persona del giudice, sganciando la soluzione dei casi dal profilo 'umano' perché si possano avere decisioni standardizzabili?" (p. 172).

La Terza Parte del volume – la più ricca (accoglie ben sette contributi), suggestiva dal punto di vista giuridico e decisamente rilevante – pone le basi per una dottrina generale della decisione robotica negoziale. Il primo contributo, scritto da Massimo De Felice (Professore ordinario dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"), traccia la "cornice" (p. 182) entro cui incentrare la riflessione, passando per quello che l'Autore chiama "Tema 1. Negoziare gli algoritmi, vigilare con gli algoritmi"; "Tema 2. Le reti (informatiche), nuovi territori, nuova scala dei tempi, gli 'smart contracts'"; "Tema 3. Decidere le dispute negoziali: robot, avvocato, giudice", arrivando sino all'auspicio di un'apertura del diritto ad una visione trasversale, che involga la probabilità, la finanza, la statistica, la logica e l'informatica (p. 201).

Il contributo della Curatrice Carleo, invece, si interroga, mediante un apparato di formule matematiche e statistiche, sulla funzione degli algoritmi nel contratto e se, questi ultimi, possano – in qualche modo – assolvere alla riduzione del contenzioso. È emblematica la riflessione dell'Autrice sul dover evitare la tendenza verso la c.d. "superfetazione tecnica" (p. 208), riscuotendo

successo – se si può dire in tal senso – la parte dello scritto inducente il lettore ad approfondire il rapporto tra decisione robotica, usura e procedura di ammortamento.

Prorompente è l'intuizione metodologica e di indirizzo profusa, in questa parte del volume, da Franco De Stefano (Consigliere di Cassazione), il quale, sulla scorta della riflessione già svolta da De Felice, afferma che bisogna "negoziare" e – soprattutto – "sorvegliare" con gli algoritmi e, attraverso l'analisi della disciplina europea in tema, giunge alla conclusione per cui "*la devoluzione a meccanismi totalmente automatizzati di condotte dovrebbe rimanere riservata alla valutazione, per quanto imperfetta essa corra il rischio di essere, dell'essere umano*" (p. 235).

Degna di nota è la riflessione proposta da Andrea Di Porto (Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"), per il quale la relazione tra avvocato e robot infittisce sempre più il ricorso alla c.d. "consulenza legale 'difensiva'", specie in un sistema giuridico come il nostro ove la regola dello *stare decisis* non ne è suo carattere ontologico ed intrinseco. L'Autore – in realtà – pone molti dubbi sul binomio avvocato-robot, soprattutto in riferimento alla conseguenza "drastica" di ridurre – mediante un approccio altamente materialistico e quantitativo – "*al minimo quella 'dialettica virtuosa' fra avvocati e giudici necessaria al progresso della giurisprudenza*" (p. 250).

Gregorio Gitti (Professore ordinario presso l'Università Statale di Milano), con il suo scritto, si sofferma sul ruolo della macchina e il contratto, svolgendo una notevole disamina involgente la decisione robotica, la conclusione del medesimo e la sua esecuzione, concludendo il lavoro attraverso l'emblematica analisi (p. 259) dei contratti finanziari e derivati, affermando che "*in definitiva, soltanto*

il contratto regolamentare, predisposto ad hoc dal gestore, sarebbe in grado di tener conto delle peculiarità tecniche di funzionamento della singola piattaforma" (p. 264).

Il volume, nella sua Parte Terza, prosegue con il contributo di Carlo Mottura (Professore ordinario presso l'Università degli Studi Roma Tre) che – con grande acume tecnico – si sofferma sull'interazione – se questa possa dirsi tale – tra decisione robotica negoziale e mercati finanziari, svolgendo un'analisi approfondita su quelli che potrebbero essere i nuovi scenari in tema di "abusi di mercato" e palesando – in chiave davvero originale – la "(pre)costituzione di algoritmi di controllo degli algoritmi" (p. 282). Lo scritto, davvero altamente tecnico – vuoi perché contenga dati statistici, anche dal punto di vista economico, vuoi perché faccia propri schemi e modelli matematici – termina con un rigoroso glossario, al quale è demandata la funzione di rendere meglio fruibili i concetti e le categorie enunciate (pp. 285-289).

L'ultimo contributo della Parte Terza della Curatela si focalizza, grazie all'attento approfondimento di Erica Palmerini (Professore associato presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa), sulla "mappa concettuale" (p. 291) in tema di negozio e automazione, scandagliando differenti forme negoziali e contrattuali (negozio automatico, contratto telematico, contratto algoritmico, contratto cibernetico). Il contributo si focalizza, inoltre, sull'aspetto interessante – oltre che inevitabilmente rilevante dal punto di vista teorico-pratico – relativo alle transazioni algoritmiche con evidenti intersezioni rispetto alla volontà e al contenuto del contratto. Si segnala – specie agli studiosi del diritto civile – la lettura del presente contributo, specie perché affronta la spinosa

questione del "tecno-diritto" in rapporto all'autonomia privata, dubitando sulla "neutralità della struttura tecnologica" (p. 315).

Il volume si conclude con la Parte Quarta, consistente in un unico contributo di Antonio Punzi (Professore ordinario nell'Università LUISS Guido Carli di Roma), il quale, già nel titolo, esprime il "nocciolo duro" della questione, relativamente al "Judge in the machine". "E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?" (p. 319). Si esprime piena condivisione alla disamina effettuata dall'Autore, in particolar modo per quanto attiene la nozione "quadripartita" del "funzionalismo della macchina": una macchina che inquieta (p. 319); una macchina che assoggetta (p. 320); una macchina che salva (p. 324) e una macchina che sostiene e protegge (p. 328). Interessante, infine, è la constatazione – offerta dall'Autore – per la quale, in buona sostanza, il mondo giuridico stia procedendo inesorabilmente verso il c.d. "tecno-umanesimo" (p. 328).

Alla luce di quanto esposto, oltre a formulare gli apprezzamenti per un volume che – come detto – si innesta tra quelli atti a tracciare le linee guida in questo nuovo mondo del tecno-diritto – inesplorato prima, ma di "esplorazione necessitata" in questi ultimi tempi – si condivide l'approccio multidisciplinare, per il quale il diritto, in questa sua nuova dimensione, non possa fare "da solo", non possa contare solo sulle sue competenze e sulle sue forze – seppur propulsive –, ma abbia necessità di incamminarsi verso un sentiero ai cui lati vi siano tanti fari (statistica, economia, ingegneria, matematica, informatica, ecc...) che permettano di tessere – in maniera luminosa e spettrale – la "tela" del "dialogo comunicante tra discipline", al fine di implementare e

migliorare il mondo giuridico in sé e gli altri mondi, in uno scambio – sofisticato ad un tempo, ma armonioso e proficuo dall'altro – di idee, opinioni, riflessioni, ipotesi e soluzioni. Questo volume è l'*exemplum* lampante che nessuna materia possa essere asettica quando ha a che fare con l'uomo. Alla maniera di Terenzio, si può davvero dire "*Homo sum. Humani nihil a me alienum puto*".

Serva ricordare, in via conclusiva, che la tecnologia – per quanto essenziale possa essere – "serve" l'uomo e all'uomo e che mai l'uomo debba divenire "servo" della macchina. Non si può permettere la "disumanizzazione dell'uomo attraverso la macchina"; sarebbe, piuttosto, auspicabile – pare sia questo anche il *fil rouge* del volume nella sua totalità – sempre in termini di tecnologia "funzionale e servente" all'uomo, una "umanizzazione della macchina attraverso l'uomo".

REMO TREZZA