

**TEMPO E SPAZIO  
NELLA DIMENSIONE  
GIURIDICA  
ECONOMICA E SOCIALE**

a cura di  
**GUIDO CANAVESI**

EDITORIALE SCIENTIFICA



TEMPO E SPAZIO  
NELLA DIMENSIONE GIURIDICA,  
ECONOMICA E SOCIALE

*A cura di*

GUIDO CANAVESI

Editoriale Scientifica  
Napoli

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica s.r.l.  
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli  
[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) [info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)  
ISBN 978-88-9391-738-4

## Sommario

GUIDO CANAVESI, <i>Introduzione</i>	7
GUIDO CANAVESI, <i>Il tempo nel sistema pensionistico: l'essenziale dimensione intergenerazionale</i>	9
FRANCESCA SCATURRO, <i>Lo spazio delle infrastrutture di trasporto</i>	23
MONICA STRONATI, <i>Tempo e spazio: alcune suggestioni storico-giuridiche</i>	39
LAURA VAGNI, <i>Riflessioni sparse sul diritto di accesso allo spazio urbano nell'era digitale</i>	57
LORENZO SCILLITANI, <i>Dimensioni temporali e spaziali della giuridicità</i>	79
CHRISTOPH TEICHMANN, ALESSIO BARTOLACELLI, <i>Trasferimento della sede sociale all'estero e trasformazione transfrontaliera all'interno dell'Unione Europea</i>	93
ANDREA FRANCESCO TRIPODI, <i>L'applicabilità della normativa sulla responsabilità da reato degli enti alle società estere prive di articolazioni organizzative in Italia</i>	129
TIZIANA MONTECCHIARI, <i>Spazio e tempo nella dimensione carceraria: genitori detenuti e la tutela dei figli minori</i>	155
MASSIMILIANO ZAMPI, ANDREA TASSI, <i>Il fattore spazio temporale nell'accertamento del reato di guida in stato di alterazione da alcool e droghe. Problematiche tossicologico forensi e processuali</i>	185

ROBERTO PESARESI, *'Finis vitae longissimus' e l'usufrutto dei municipes* 209

ARIANNA MACERATINI, *Spazio e tempo nella Teoria dei sistemi di Niklas Lubmann* 219

## Introduzione

Questo volume vuole essere la testimonianza di un comune lavoro didattico-scientifico intrapreso da quasi un decennio dai docenti che insegnano nella Classe di Laurea in Scienze giuridiche applicate del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata.

Quasi tutti gli scritti qui raccolti, infatti, prendono spunto da seminari o lezioni svolte nell'anno accademico 2017/2018 nell'ambito di quello che è ormai tradizionalmente definito *Percorso di didattica integrata*, in quell'anno dedicato, appunto, a *Tempo e spazio nella dimensione giuridica, economica e sociale*.

Il *Percorso* è pensato come un insieme di seminari o lezioni a carattere interdisciplinare su un macrotema prescelto di anno in anno. L'obiettivo è di "allargare la ragione", ovvero favorire negli studenti la consapevolezza della complessità dinamica dei fenomeni oggetto di studio nelle singole materie d'insegnamento.

Nato come proposta occasionale nell'anno accademico 2009/2010 il *Percorso* ha avuto un importante riscontro d'interesse sia fra gli studenti sia fra i docenti, tanto da divenire, a partire dall'anno accademico 2014/2015, momento stabile e qualificante la didattica del Corso di Laurea.

Da allora i macrotemi affrontati sono stati: *Il diritto al lavoro; Crisi e strategie: verso quale crescita?*; *Relazioni, fiducia, certezza: dimensioni giuridiche ed economiche*; *Tempo e Spazio nella dimensione giuridica, economica e sociale*; *Antiche e nuove forme di discriminazione*; *Il ruolo dell'Innovazione nella trasformazione del Diritto*.

Fra i frutti forse più interessanti e inattesi di questo lavoro sono da annoverare la creazione di un ambiente "universitario" nel senso nobile del termine ed il clima di curiosità partecipativa e cordialità perfino amicale fra i docenti coinvolti.

Ed è proprio in questo contesto che è maturata l'idea di "lasciare traccia" del lavoro fatto, di cui si fa carico questo volume. Il suo contenuto si dipana lungo strade spesso non convergenti a partire dal filo rosso del macrotema indicato, mentre l'elaborato scritto, senza dimenticare il necessario approfondimento scientifico, tenta di conservare l'originaria impronta dell'intervento orale.

Ad altri spetta valutare se o quanto il testo riesca a consegnare un'immagine adeguata del lavoro fatto. Per quanto realizzato in questi anni, a me resta la gratitudine verso tanti colleghi e tanti studenti che hanno reso "bello e lieve" il lavoro universitario.

Macerata, 27 febbraio 2020

Il Presidente della Classe in Scienze dei servizi giuridici  
Prof. Guido Canavesi

## **Il tempo nel sistema pensionistico: l'essenziale dimensione intergenerazionale**

*Guido Canavesi\**

SOMMARIO: 1. Tempo e spazio nella previdenza sociale. Considerazioni introduttive. – 2. Solidarietà intergenerazionale e sistema previdenziale – 3. Solidarietà intergenerazionale e casse di previdenza privatizzate.

### *1. Tempo e spazio nella previdenza sociale. Considerazioni introduttive*

Il sistema previdenziale è uno spazio chiuso entro i confini geografici dello Stato.

In questo senso la *territorialità* è attributo originario e tratto caratterizzate di quel sistema fin dalle sue origini, ben precedenti l'epoca postbellica della Costituzione.

La nostra Carta costituzionale non rinnega un simile tratto, che anzi trova implicita sanzione nel legame tra i “lavoratori” tutelati dell'art. 38, comma 2, e lo Stato (art. 38, comma 4), la cui forma *sociale* ha nell'ambito previdenziale una delle massime espressioni della propria sovranità sociale e politica.

Tuttavia, è necessario precisare il valore o la portata di questa chiusura dello spazio.

Protetti, secondo la norma costituzionale, sono i “lavoratori”, non i “cittadini lavoratori”: è il possesso legittimo di questo *status*, a prescindere dalla cittadinanza, il presupposto della garanzia previdenziale, perciò estesa anche agli stranieri regolarmente presenti sul territorio nazionale.

D'altra parte, “lavoratore” è anche il cittadino italiano che presta la propria attività all'estero – in uno stato non appartenente alla CE/UE – per una impresa italiana. Difatti, perché «è testualmente scritto in Costituzione che “la Repubblica... tutela il lavoro italiano all'estero”» (art. 35, comma 4) e «la chiarezza e perentorietà del detta-

\* Professore Ordinario di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Macerata.

to non si prestano ad alcuna elusione»<sup>1</sup>, a rendere permeabili a suo favore i confini territoriali del sistema previdenziale ha pensato la Corte costituzionale con una storica decisione del 1985.

Così facendo, la Corte non nega la *territorialità* della legislazione sociale, «che è un portato della natura pubblicistica delle relative norme», ma la coordina con il *principio di personalità* della tutela posto dalla norma costituzionale<sup>2</sup>.

Finora, d'altronde, neppure la CE e l'odierna UE hanno messo formalmente in discussione quei confini, perché, è stato scritto, «si tratta di un ambito regolatorio tradizionalmente soggetto alla potestà esclusiva nazionale per le implicazioni dirette che esso assume sul modello sociale interno e sul bilancio di ciascuno Stato membro»<sup>3</sup>.

Ai Padri fondatori non mancava certo la consapevolezza dell'ostacolo che la statualità dei sistemi di protezione sociale rappresentava alla libera circolazione dei lavoratori e dunque alla costruzione del mercato comune, concepito all'epoca come adeguata ed esaustiva leva dello sviluppo anche sociale dei cittadini<sup>4</sup>. Non a caso, per garantire quella libertà già l'art. 51 del Trattato di Roma impegnava le istituzioni comunitarie ad adottare «le misure necessarie» per assicurare tanto «il cumulo di tutti i periodi presi in considerazione dalle varie legislazioni nazionali, sia per il sorgere e la conservazione del diritto alle prestazioni sia per il calcolo di queste» quanto «il pagamento delle prestazioni alle persone residenti nei territori degli Stati membri».

In altri termini, la soluzione è stata ed è rimasta il «coordinamento» dei sistemi di sicurezza nazionali<sup>5</sup>, non il loro superamento in un unico regime sovranazionale.

<sup>1</sup> Corte cost. 30 dicembre 1985, n. 369.

<sup>2</sup> M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2018, 108.

<sup>3</sup> A. PIZZOFRATTO, *La sicurezza sociale*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRATTO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2015, 343.

<sup>4</sup> S. GIUBBONI, *Fenomeni sociali e relazioni giuridiche: il welfare sussidiario in una prospettiva europea*, in G. CANAVESI (a cura di), *Dialoghi sul welfare. Intorno al volume "La sfida del cambiamento"*. Quaderni della Sussidiarietà, n. 14, Milano 2014, <https://www.sussidiarieta.net/files/allegatiquaderni/QS14.pdf>.

<sup>5</sup> Vedi oggi i reg. n. 883/2004, n. 987/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio.

Il discorso sconta qualche semplificazione, ché incursioni sul terreno previdenziale ci sono state e ci potranno essere in applicazione di normative a vocazione trasversale anche rispetto alle competenze degli Stati membri, quali la legislazione antidiscriminatoria o sulla parità retributiva tra uomini e donne<sup>6</sup>. Mentre sul fronte delle risorse il confine tende a farsi più labile in ragione dei vincoli derivanti dal Fiscal Compact, che peraltro non è atto normativo dell'UE, la cui azione diretta passa, piuttosto, per atti di *soft-law*<sup>7</sup>.

Venendo al tempo, senza pretesa di esaurirne tutti i profili, per dire della sua importanza basti considerare i requisiti richiesti per la maturazione di un qualsiasi diritto a pensione.

Si tratti di pensione di vecchiaia o anticipata, secondo la tassonomia introdotta dal d. l. n. 201 del 2011, oppure, nel regime precedente, di vecchiaia, di vecchiaia anticipata, o di anzianità, è sempre un tempo misurato in anni e, semmai, in mesi, a forgiare il diritto. Sono anni civili, come l'età anagrafica alla quale la legge lega convenzionalmente il venir meno della capacità lavorativa e il sorgere del bisogno ad un reddito sostitutivo. Sono, però, anche anni, per così dire, "legali", il cui criterio di determinazione, cioè, è stabilito dalla legge. L'anno di contribuzione, quale che sia la tipologia di pensione, è composto dalle ultime 52 settimane di contribuzione accreditate, tenendo conto dei minimali di legge, giornaliero e mensile<sup>8</sup>: ne segue la non necessaria coincidenza dell'anno contributivo con quello civile, con la possibile dilatazione del primo oltre i 365/6 giorni e il prolungamento della vita lavorativa fino al conseguimento del requisito richiesto.

Sotteso a questi requisiti c'è un tempo cronologico, il tempo della vita non solo lavorativa della persona, con le sue fasi o i momenti di bisogno particolare, maternità e paternità, malattia, assistenza familiare. La maturazione di quei requisiti riflette queste fasi di vita – è la contribuzione c.d. figurativa – ma non è la pura dimensione cronologica a essere giuridicamente rilevante. È un tempo, invece, oggetto di una qualificazione giuridica, che lo rende elemento della fattispecie:

<sup>6</sup> O. BONARDI, *Sistemi di welfare e principio di eguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2012.

<sup>7</sup> Libro bianco, *Un'agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili*, 16 febbraio 2012, COM(2012) 55 final.

<sup>8</sup> Art. 7, d. l. n. 463/1983 e art. 1, comma 1, d. l. n. 338/1989.

ciò vale anche nell'ipotesi dell'età pensionabile, apparentemente più prossima al dato cronologico,

Non sempre è così.

Dagli anni '90 del secolo scorso, abbiamo assistito al fenomeno della dissociazione tra diritto alla pensione e decorrenza della stessa, dapprima prevista per la pensione di anzianità, estesa in seguito a quella di vecchiaia. In altri termini, il diritto a pensione si è perfezionato ma è esigibile ed erogabile soltanto in una data successiva – all'apertura della c.d. “finestra” – determinata dalla legge. Orbene, qui la legge assume il tempo nella sua dimensione materiale e cronologica e realizza un mero posticipo del godimento della prestazione pensionistica, anche di rilevante entità, visto che l'ultima disciplina prevedeva 12 o 18 mesi, rispettivamente per i lavoratori subordinati o autonomi. Dal punto vista del lavoratore la cosa non è irrilevante, perché tra tempo giuridico (i requisiti) e cronologico si crea uno spazio opaco, dove domina l'incertezza giuridica, come l'esperienza ha puntualmente dimostrato: giuridicamente, infatti, il requisito anagrafico è perfezionato, di fatto è surrettiziamente incrementato<sup>9</sup>.

## 2. Solidarietà intergenerazionale e sistema previdenziale

Evidenziata in generale l'essenzialità del fattore tempo nel sistema previdenziale, l'attenzione va ora portata allo specifico tema della solidarietà intergenerazionale, cioè al rilievo giuridico da riconoscersi al succedersi delle generazioni e al legame tra le stesse. Peraltro, il tema è da collocare in un quadro più vasto e problematico sia quanto alle situazioni giuridiche<sup>10</sup> riconoscibili e alla loro titola-

<sup>9</sup> G. CANAVESI, *Pensioni di anzianità, decorrenze, età pensionabile*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Tomo I, Utet, Torino, 2008, 543 ss.

<sup>10</sup> Per la tesi di un diritto delle generazioni future rispetto a determinati beni attuali, vedi R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008. *Contra*, nel senso di un dovere giuridico, in generale, M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Diritto e società*, 2008, 147 ss., e con riferimento al sistema previdenziale, M. D'ONGHIA, *Retroattività e diritti previdenziali fra (presunta) intangibilità dei cd. diritti quesiti e solidarietà intergenerazionale*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2019, 275 ss. Per un recente riesame del tema G. AR-

rità<sup>11</sup> sia in relazione ai beni tutelabili<sup>12</sup>.

In effetti, non mancano atti legislativi statali e regionali, come pure norme sovranazionali, ove la solidarietà intergenerazionale è richiamata, ma è dubbia la loro valenza precettiva.

Non molte, invece, sono le sentenze rilevanti della Corte costituzionale e quasi sempre la solidarietà intergenerazionale non è arrivata a costituire l'argomento dirimente, restando piuttosto confinata in una posizione ancillare alla *ratio decidendi*<sup>13</sup>.

Peraltro, un cambio di prospettiva sembra dischiudersi in alcune recenti sentenze, attraverso la chiave dell'art. 81 Cost.<sup>14</sup>.

Secondo una decisione del 2018<sup>15</sup>, invero, l'esatta determinazione dello «stato dell'indebitamento e delle eventuali passività dell'ente applicate agli esercizi futuri», consente «una prospettiva di sindacato sia in relazione ai vincoli europei, sia in relazione all'equità intergenerazionale (corsivi miei *ndA*), strumento servente alla determinazione dei costi-benefici afferenti alle generazioni future con riguardo alle politiche

CONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38 e 97 Cost.*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2019, 1 ss.

<sup>11</sup> Per la possibile soggettività giuridica delle generazioni future, A. D'ALOIA, voce *Generazioni future (Diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg., Giuffrè, Milano, 2016, 331 ss., 365 ss.

<sup>12</sup> Si tratta di beni naturali, comuni all'intero genere umano (il clima, le foreste, le risorse naturali, ecc.) oppure di espressioni culturali dell'uomo a rilevanza pressoché universale (ad esempio, il patrimonio archeologico).

<sup>13</sup> In tal senso anche G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38 e 97 Cost.*, *op. cit.*, 24. Per la giurisprudenza, Corte cost. 10 aprile 2014, n. 88, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 1606 ss.; 11 gennaio 2017, n. 6, *ivi*, 2017, 20; 12 maggio 2016, n. 107, *ivi*, 2016, 916 ss.; 13 luglio 2016, n. 173, *ivi* 1847 ss.; 1° dicembre 2017, n. 250, *ivi*, 2017, 2647.

<sup>14</sup> Una qualche apertura, in realtà, è rintracciabile anche in quelle decisioni - Corte cost. 18 luglio 2013, n. 203, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 2840 ss.; 23 settembre 2016, n. 213, *ivi*, 2016, 1659 ss. - che hanno scorto nella «valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonale e intergenerazionale» e nel «riconoscimento della cura», ora prestata dai congiunti ora rivolta alle persone con handicap, il fondamento di alcuni «strument(i) di politica socio-assistenziale. In questo caso, peraltro, risulta di facile identificazione e, comunque, ben delimitata la dimensione intergenerazionale rilevante.

<sup>15</sup> Corte cost. 5 marzo 2018, n. 49, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 552 ss.

di investimento in concreto adottate». In tal modo, alla declinazione intertemporale dell'equità sembra riconosciuta un'autonoma valenza giuridica, ancorché non sia da essa che viene poi desunta l'incostituzionalità della norma scrutinata.

Un passo avanti in questa direzione è stato fatto con la sentenza n. 18 del 2019<sup>16</sup>, che ha censurato per contrarietà agli artt. 81 e 97 Cost. l'art. 1, comma 714, l. n. 208 del 2015, come sostituito dall'art. 1, comma 434, l. n. 232 del 2016, laddove consente l'allungamento a trent'anni dei piani di riequilibrio finanziario degli enti locali. E l'ha fatto per un triplice ordine di ragioni autonome e autosufficienti, una delle quali è che «la lunghissima dilazione temporale finisce per conflagrare anche con elementari principi di equità intergenerazionale, atteso che sugli amministrati futuri verranno a gravare sia risalenti e importanti quote di deficit, sia la restituzione dei prestiti autorizzati nel corso della procedura di rientro dalla norma impugnata». Più in generale, inoltre l'equità intergenerazionale «comporta, altresì, la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo»<sup>17</sup>.

Pertanto, l'equità o solidarietà intergenerazionale assurge qui a *ratio decidendi* quantomeno equiordinata alle altre.

Peraltro, nonostante l'importanza, resta che la decisione riguarda i rapporti fra Stato e regioni e ciò esclude ricadute sui rapporti giuridici in cui siano parte anche cittadini.

Che la previdenza sociale, in particolare con il sistema pensionistico, sia terreno elettivo della solidarietà intergenerazionale è acclarato in dottrina<sup>18</sup> ed è attestato anche dalla presenza di alcuni riscontri legi-

<sup>16</sup> Leggila in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 201 ss., con nota di A. SAIITA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla "responsabilità costituzionale democratica" e "intergenerazionale"*.

<sup>17</sup> In realtà, la norma violerebbe anche il principio di equità intragenerazionale in ragione della «pericolosità dell'impatto macroeconomico di misure che determinano uno squilibrio nei conti della finanza pubblica allargata e la conseguente necessità di manovre finanziarie restrittive che possono gravare più pesantemente sulle fasce deboli della popolazione (sentenza n. 10 del 2015)».

<sup>18</sup> V. VALENTI, *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale. Modello costituzionale e decisioni politiche*, Giappichelli, Torino, 2013; R. CASILLO, *Profili di insostenibilità giuridica e sociale dell'attuale tutela pensionistica di vecchiaia*, in *Diritti lavori mercati*, 2014, 611 ss.; G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la*

slativi. Secondo l'art. 24, co. 1, d. l. n. 201 del 2011 essa è criterio della garanzia di «sostenibilità di lungo periodo del sistema pensionistico». Per l'art. 1, d. l. n. 65 del 2015, l'intervento per adeguare la disciplina della rivalutazione dei trattamenti pensionistici alla sentenza n. 70 del 2015<sup>19</sup> della Corte costituzionale è posto in essere «assicurando la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni [...] anche in funzione della salvaguardia della solidarietà intergenerazionale».

Peraltro, la traduzione operativa di questi richiami coincide in sostanza con la riduzione per legge dei livelli di tutela pensionistica e tende, dunque, a confondersi col tema della sostenibilità finanziaria del sistema previdenziale e, più in generale, dell'equilibrio di bilancio, ai sensi dell'art. 81 Cost.

Analogamente la Corte costituzionale, nel dichiarare inammissibili alcune proposte referendarie, ha valorizzato l'esigenza di «dare sicurezza ai pensionati attuali e futuri sulla tenuta finanziaria» del sistema<sup>20</sup>.

E all'omogeneità d'impostazione corrisponde in entrambe la funzione soltanto sussidiaria assegnata al motivo o all'argomento solidaristico.

Questa prospettiva, tuttavia, sembra angusta e inadeguata per impostare correttamente il tema della solidarietà intergenerazionale.

Al riguardo, si può muovere dalla considerazione che il problema dei livelli di tutela previdenziali non è riducibile all'alternativa tra metodi di calcolo, retributivo o contributivo, e neppure alla più o meno accentuata corrispettività tra contributi e prestazioni. Nessuna delle due è in grado di dare risposta all'indicazione costituzionale che vuole garantiti ai lavoratori «mezzi adeguati alle esigenze di vita»<sup>21</sup>. Formula,

*prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38 e 97 Cost., op. cit., 1 ss.; G. LUDOVICO, La solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico: fascino e limiti di un principio necessario, in Diritto delle relazioni industriali, 2019, 28 ss.*

<sup>19</sup> Leggila in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2015, 531 ss., con i commenti di A. AZON, P. SANDULLI, M. ESPOSITO. Per il dibattito aperto dalla sentenza si rinvia a M. BARBIERI, M. D'ONGHIA (a cura di), *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". *Collective Volumes*, 4/2015.

<sup>20</sup> Corte cost. 27 gennaio 2015, n. 6, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2015, 629 ss. e già Corte cost. 12 gennaio 1994, n. 2.

<sup>21</sup> Rileva M. PERSIANI, *Ancora su adeguatezza e proporzionalità delle prestazioni pensionistiche*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 1184, come il principio di adeguatezza esprima e al contempo "limiti" l'esigenza di solidarietà che caratterizza il sistema pre-

questa, che letta alla luce degli art. 2 e 3 Cost.<sup>22</sup> consente di affermare il rilievo costituzionale della solidarietà previdenziale anche nella sua declinazione redistributiva in prospettiva intergenerazionale<sup>23</sup>.

In tal modo, risulta ridimensionato il ruolo della gestione a ripartizione nel conformare in senso intergenerazionale il sistema pensionistico. Essa è sì improntata a tale solidarietà, quantomeno tra le generazioni per le quali «non si è ancora perfezionato il relativo diritto alla prestazione»<sup>24</sup>, ma non è costituzionalmente necessitata<sup>25</sup>. Invece, estranea a questa dimensione resta la componente pensionistica a capitalizzazione<sup>26</sup>, che il d.lgs. n. 252 del 2005 mantiene nella libera scelta del singolo lavoratore, pur se funzionalizzata, secondo la Corte costituzionale, alla realizzazione dell'art. 38, co. 2, Cost.<sup>27</sup>.

videnziale. Secondo Corte cost. 30 aprile 2015, n. 70, l'adeguatezza «è da intendersi quale espressione certa, anche se non esplicita, del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., e, al contempo, attuazione del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost.».

<sup>22</sup> M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1960, 113 ss.; R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, ESI, Napoli, 2016, 229 ss.; Corte cost. 30 aprile 2015, n. 70, cit.; Cass. 9 novembre 2018, n. 28773.

<sup>23</sup> Secondo V. VALENTI, *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale. Modello costituzionale e decisioni politiche*, op. cit., 63 ss., si tratterebbe di un corollario della qualifica del diritto a pensione come “fondamentale. Critica, invece, sulla necessaria dimensione redistributiva R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, op. cit., 229 ss., peraltro identificando la “solidarietà redistributiva” con la fiscalità statale quale fonte di finanziamento.

<sup>24</sup> In tal senso, G. LUDOVICO, *La solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico: fascino e limiti di un principio necessario*, op. cit., 33 ss.; R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, op. cit., 250 ss. Per l'apertura anche alle generazioni future, M. D'ONGHIA, *Retroattività e diritti previdenziali fra (presunta) intangibilità dei cd. diritti quesiti e solidarietà intergenerazionale*, op. cit., 296 ss.

<sup>25</sup> Corte cost. 11 gennaio 2017, n. 7, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 36 ss. Sulla previdenza complementare, G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Giuffrè, Milano, 1998; S. GIUBBONI, *La previdenza complementare tra libertà individuale ed interesse collettivo*, Cacucci, Bari, 2009; M. CINELLI, *La previdenza complementare. Art. 2123*, Giuffrè, Milano, 2010; M. SQUEGLIA, *La “previdenza contrattuale”. Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni socialmente rilevanti*, Giappichelli, Torino, 2014.

<sup>26</sup> Ma vedi le osservazioni di M. SQUEGLIA, *Il regime finanziario della capitalizzazione nella previdenza complementare: un sistema “perfetto” per le generazioni future?*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2019, 81 ss.

<sup>27</sup> Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 2757.

### *3. Solidarietà intergenerazionale e casse di previdenza privatizzate*

Per saggiare l'effettività del discorso intergenerazionale nel sistema pensionistico è utile volgere lo sguardo alla settore delle casse di previdenza privatizzate, ai sensi dei d. lgs. n. 509 del 1994 e n. 103 del 1996, integrati da alcune ulteriori norme, sparse in leggi successive.

È noto che il primo ha riconosciuto ad una serie di enti gestori di forme obbligatorie di previdenza la possibilità di trasformarsi in persone giuridiche di diritto privato, mentre il secondo ha disposto la costituzione *ex novo* di fondazioni chiamate ad assicurare la «tutela previdenziale obbligatoria ai soggetti che svolgono attività autonoma di libera professione senza vincolo di subordinazione, il cui esercizio è condizionato all'iscrizione in appositi albi o elenchi» (art. 1, co. 1)<sup>28</sup>.

Nell'ottica dell'art. 38 Cost. la garanzia costituzionale della tutela previdenziale viene così attuata mediante soggetti di natura privata.

In questo contesto, i due decreti richiamati vietano alle casse di ricevere «finanziamenti pubblici – anche indiretti – o altri ausili pubblici di carattere finanziario», mentre chiedono loro di assicurare l'«equilibrio di bilancio» mediante la gestione economico finanziaria<sup>29</sup>.

La previsione di un esclusivo autofinanziamento<sup>30</sup> esalta la solidarietà endocategoriale e accentua il legame fra generazioni, come ha ben

<sup>28</sup> P. BOZZAO, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in R. PESSI (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Cedam, Padova, 1995, 327 ss.; L. CARBONE, *La privatizzazione degli enti di previdenza*, in M. PERSIANI, M. CINELLI (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale dalle leggi "Amato" alla finanziaria del 1995*, Giuffrè, Milano, 1995, 425 ss.; ID., *La tutela previdenziale dei liberi professionisti*, Utet, Torino, 1998.

<sup>29</sup> Vedi gli artt. 1, co. 1 e 3, e 2, co. 2, d.lgs. n. 509/1994. Rinvio, in proposito, a G. CANAVESI, *L'incerto destino della privatizzazione della previdenza dei liberi professionisti tra "paure" del legislatore e autofinanziamento*, in ID. (a cura di), *La previdenza dei liberi professionisti dalla privatizzazione alla riforma Fornero*, Giappichelli, Torino, 2017, 3 ss.

<sup>30</sup> Per i dubbi di legittimità rispetto all'art. 38, co. 4, Cost., A. ANDREONI, *Appunti di costituzionalità sulla privatizzazione degli enti previdenziali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1995, I, 64 ss.; L. CARBONE, *La privatizzazione degli enti di previdenza*, *op. cit.*, 429 ss. Di diverso avviso è però la Corte costituzionale, mai chiamata, peraltro, ad una diretta valutazione di quella disposizione; cfr., Corte cost. 18 luglio 1997, n. 248; Corte cost. n. 7 del 2017, *cit.*

colto la Corte Costituzionale secondo cui «si tratta di un sistema progettato e finalizzato all'equilibrio di lungo periodo»<sup>31</sup>.

D'altra parte, il co. 24 dell'art. 24 d.lgs. n. 201 del 2011 riconduce alla riforma previdenziale le casse privatizzate<sup>32</sup>: quel legame, pertanto, va letto alla luce dell'«equità intergenerazionale» di cui al già ricordato co. 1 del medesimo articolo.

Inoltre, quel legame solidaristico investe anche il profilo delle prestazioni: l'art. 3, co. 12, l. n. 335 del 1995, infatti, nell'attuale formulazione, chiede di considerare «l'equità tra generazioni» nell'assumere i «provvedimenti necessari per la salvaguardia dell'equilibrio finanziario di lungo termine».

Da ultimo, va sottolineato come, in forza del collegamento tra i commi 1 e 24, d. l. n. 201 del 2011, l'equità o solidarietà intergenerazionale riguarda anche le casse istituite *ex novo* ai sensi del d.lgs. n. 103 del 1996, le cui risorse contributive, a differenza delle altre, sono gestite con il sistema a capitalizzazione<sup>33</sup>. Si tratta del primo caso di “ritorno” a quel sistema in una forma di tutela obbligatoria.

Non può sfuggire, tuttavia, che la disciplina del d.lgs. n. 509 del 1994, cui rinvia quello del 1996, sia pressoché integralmente volta a garantire l'equilibrio del bilancio, ovvero l'autosufficienza finanziaria, delle singole casse.

Significativi in tal senso sono una riserva legale che garantisca «la continuità nell'erogazione delle prestazioni, in misura non inferiore a cinque annualità dell'importo delle pensioni in essere» (art. 1, co. 4, lett. c) e un «bilancio tecnico da redigersi con periodicità almeno triennale» (art. 2, co. 2). In caso di disavanzo economico-finanziario, inoltre, si procede al commissariamento dell'ente e all'adozione da parte del commissario dei «provvedimenti necessari per il riequilibrio della gestione» (art. 2, co. 4), al cui esito infruttuoso entro tre anni si procede alla liquidazione dello stesso.

L'accentuazione del tema dell'equilibrio di bilancio, peraltro, si

<sup>31</sup> Corte cost. n. 248 del 1997, *cit.*; Corte cost. n. 7 del 2017, *cit.*

<sup>32</sup> Sul punto, Cass., S.U., 4 settembre 2015, n. 17589, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 426, con nota critica di G. CANAVESI, *Le Sezioni unite cancellano (di fatto) la prosecuzione del lavoro fino a settant'anni*.

<sup>33</sup> Art. 18, co. 1, Statuto ENPAPI, Ente Nazionale di Previdenza e Assistenza della Professione Infermieristica; art. 17, Statuto EPPI, Ente di Previdenza dei Periti Industriali e dei Periti Industriali Laureati.

combina con la dimensione di lungo periodo e intergenerazionale, che caratterizza di necessità un regime di tutela obbligatorio, ma autofinanziato.

E difatti la legislazione reca più di una semplice traccia di questo carattere, soprattutto se si guarda alla sua dinamica evolutiva.

L'art. 3, co. 12, l. n. 335 del 1995 ha dapprima richiesto una stabilità delle singole gestioni «da ricondursi ad un arco temporale non inferiore a 15 anni», ha poi raddoppiato, in un decennio, questo periodo<sup>34</sup>; infine, ancora qualche anno dopo, l'art. 1, co. 763, l. n. 296 del 2006 ha sancito che «l'equilibrio tra entrate contributive e spesa per prestazioni pensionistiche» sia determinato su «bilanci tecnici riferiti ad un arco temporale di cinquanta anni»<sup>35</sup>. In caso contrario, si rendono necessari interventi, anche «in materia di contributi e prestazioni» (art. 3, c. 2, lett. *b*, d.lgs. n. 509 del 1994), ad effetto redistributivo fra le generazioni.

In tal modo, anche senza essere nominata, la solidarietà intergenerazionale diviene elemento strutturale del regime giuridico delle casse privatizzate, tra l'altro senza distinzione fra gestioni a ripartizione o a capitalizzazione.

Del resto, un esplicito riferimento all'«equità tra generazioni» è offerto, sul versante delle prestazioni, dalla versione attuale dell'art. 3, co. 12, l. n. 335 del 1995, che ne fa uno dei due criteri, insieme alla «gradualità», di cui tener “comunque” conto nell'adottare «i provvedimenti necessari per la salvaguardia dell'equilibrio finanziario di lungo termine», altresì «avendo presente il principio del pro rata in relazione alle anzianità già maturate rispetto alla introduzione delle modifiche derivanti dai provvedimenti suddetti».

Certo, le formule – «avendo presente» e «tenuto conto» – lasciano indefiniti i margini del legittimo intervento delle casse, mentre la finalità della norma è «la salvaguardia dell'equilibrio di lungo termine». L'indeterminatezza, peraltro, è voluta, perché la norma è il tentativo di risposta legislativa al vivace contrasto (scontro) insorto con la giurisprudenza di legittimità.

Nella sua primigenia formulazione, l'art. 3, co. 12, richiedeva, a ga-

<sup>34</sup> Art. 1, co. 763, l. 27 dicembre 2006, n. 296.

<sup>35</sup> Art. 21, co. 24, d.l. n. 201 del 2011. Al riguardo, A. ROCCO, *Il bilancio tecnico degli enti previdenziali*, in G. CANAVESI (a cura di), *La previdenza dei liberi professionisti dalla privatizzazione alla riforma Fornero*, op. cit., 57 ss.

ranza dell'equilibrio finanziario, l'adozione di «provvedimenti di variazione delle aliquote contributive, di riparametrazione dei coefficienti di rendimento o di ogni altro criterio di determinazione del trattamento pensionistico», purché «nel rispetto del principio del pro rata in relazione alle anzianità già maturate rispetto alle modifiche derivanti dai provvedimenti suddetti». E la Cassazione ha ritenuto il «carattere generale» del principio del *pro rata*, applicandolo «anche con riferimento alle modifiche *in pejus* delle modalità di calcolo della quota retributiva della pensione e non solamente alla salvaguardia *ratione temporis* del criterio retributivo rispetto al contributivo»<sup>36</sup>. Inoltre, i giudici di legittimità hanno ravvisato l'inidoneità dell'«atto unilaterale, regolamentare o negoziale» a ridurre «l'importo (della pensione *ndA*), tanto meno adducendo generiche ragioni finanziarie, poiché ciò lederebbe l'affidamento del pensionato, tutelato dal capoverso dell'art. 3 Cost., nella consistenza economica del proprio diritto soggettivo»<sup>37</sup>. E sono poi andati ancora oltre, estendendo questa conclusione a situazioni palesemente diverse e estranee all'ambito della norma, quale la contribuzione di solidarietà<sup>38</sup>.

Il tutto, si noti, senza considerare le esigenze di equilibrio di bilancio, a volte perfino svalutate come «generiche»<sup>39</sup>. In altre parole, così ragionando, i giudici hanno negato rilevanza giuridica alla solidarietà intergenerazionale e scaricato su quelle future il peso economico per garantire quell'equilibrio.

La risposta legislativa si è concretizzata nel 2006, sostituendo al «rispetto del principio del pro rata» il meno impegnativo «aver(lo) presente», affiancandovi i «criteri di gradualità e di equità fra generazioni», di cui va «comunque tenuto conto, e prevedendo la salvezza degli atti e delle deliberazioni delle casse già approvati dal ministero

<sup>36</sup> Tra le tante, Cass. 5 aprile 2005, n. 7010; Cass. 27 novembre 2009, n. 25030, in *Foro italiano*, 2010, I, c. 431; Cass. 24 settembre 2010, n. 449; Cass. 18 aprile 2011, n. 8847, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012, II, 271, con nota di DEL DUCA; Cass. 30 luglio 2012, n. 13607; Cass. 12 dicembre 2014, n. 26589.

<sup>37</sup> Cass. 7 giugno 2005, n. 11792; Cass. 24 settembre 2010, n. 20235; Cass. 22 gennaio 2014, n. 1314; Cass. 8 gennaio 2015 n. 53.

<sup>38</sup> Cass. n. 25030 del 2009 cit.; Cass. 30 novembre 2009, n. 25211 e 25212; Cass. n. 1314 del 2014, cit.; Cass. n. 53 del 2015, cit.

<sup>39</sup> Cass. 25 novembre 2004, n. 22240; Cass. 25030, 25211 e 25212 del 2009, cit.; Cass. 23 marzo 2017, n. 7516.

del lavoro prima dell'entrata in vigore della legge di modifica, norma quest'ultima, in realtà, svuotata di effettività dalla giurisprudenza<sup>40</sup>.

Da ultimo, l'art. 1, co. 488, l. n. 147 del 2013 ha fornito l'interpretazione autentica della norma di salvezza del 2006, nel senso che i provvedimenti «si intendono legittimi ed efficaci a condizione che siano finalizzati ad assicurare l'equilibrio finanziario di lungo termine». E le Sezioni Unite della Cassazione hanno chiuso il cerchio nel 2015, ritenendo applicabile la norma d'interpretazione autentica alle misure con decorrenza dal 1° gennaio 2007<sup>41</sup>.

Peraltro, la più recente giurisprudenza non ha precisato la portata delle modifiche apportate all'originaria formulazione della norma interpretata. Di queste, infatti, si esclude che impongano ancora «di applicare in modo assoluto» il principio del pro rata», mentre un semplice richiamo è riservato agli altri criteri – gradualità e equità tra generazione – di cui tenere conto. E mentre s'è detto che la finalità di «assicurare l'equilibrio finanziario di lungo termine emerge di per sé dalla portata dell'attenuazione della regola del pro rata»<sup>42</sup>, la legittimità dei provvedimenti recanti modifiche peggiorative ad efficacia retroattiva della disciplina è tutta costruita sulla loro collocazione temporale prima o dopo il 2007, invero l'unico dato oggettivo facilmente verificabile<sup>43</sup>.

La questione della solidarietà intergenerazionale travalica, però, l'ambito di operatività dell'art. 3, co. 12, l. n. 335 del 1995, investendo il più generale tema dell'autonomia normativo-regolamentare delle casse privatizzate.

Di recente, la giurisprudenza ha dato segnali d'attenzione verso questa nuova prospettiva.

Così, l'illegittimità del contributo di solidarietà sulle pensioni di

<sup>40</sup> *Ex multis*, Cass. 16 novembre 2009, n. 24202, in *Foro italiano*, 2010, 61 ss., con nota di L. CARBONE; Cass. 18 aprile 2011, n. 8855, in *Foro italiano*, 2011, 2741; Cass. 24 maggio 2013, n. 13053, in *Foro italiano*, 2013, 2130; Cass. 10 dicembre 2014, n. 26031.

<sup>41</sup> Cass., S.U., 8 settembre 2015, n. 17742; Cass., S.U., 16 settembre 2015, n. 18136; Cass. 24 ottobre 2018, n. 27028.

<sup>42</sup> Cass., S.U., n. 18136 del 2015, cit.; Cass. 21 agosto 2018, n. 20877.

<sup>43</sup> Cass. 15 giugno 2016, n. 12340; Cass. 16 giugno 2016, n. 12449; Cass. 5 agosto 2016, n. 16538; Cass. 12 settembre 2016, n. 17915; Cass. 29 settembre 2016, n. 19303; Cass., VI sez., ord., 22 novembre 2017, n. 27855; Cass., VI sez., ord., 21 marzo 2018, n. 7084; Cass., VI sez., ord., 7 giugno 2018, n. 14871.

importo elevato è stata quantomeno rimessa in discussione, perché non si è tenuto «adeguatamente conto del fatto che le disposizioni regolamentari che l'hanno introdotto costituiscono, in ragione dell'autonomia conferita all'ente dal d.lgs. n. 509/1994, previsioni astrattamente idonee a derogare alle disposizioni di legge vigenti», salvo il limite della ragionevolezza<sup>44</sup>.

In altra occasione, sono state valutate «inevitabili coerenti manovre di riequilibrio» del bilancio, da assumere con provvedimenti di diretta applicazione dell'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 509 del 1994, a fronte dei maggiori costi per la cassa derivanti dal cumulo, in capo alla medesima persona, delle qualità di pensionato d'anzianità e di libero professionista<sup>45</sup>. Qui non entra in gioco l'art. 3, co. 12, e il potere regolamentare delle casse è fatto discendere direttamente dall'obbligo di equilibrio di bilancio, significativamente collegato, peraltro, con il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., «destinato a manifestarsi attraverso la sostenibilità nel tempo dei costi e la salvaguardia degli equilibri intergenerazionali»<sup>46</sup>.

In conclusione, se l'intervento del legislatore del 2006 ha aperto una falla nella granitica difesa giurisprudenziale dei diritti quesiti, ancora tutta da verificare è, al di là dei richiami nominali, la strada ad un'effettiva ed autonoma rilevanza e giustiziabilità della solidarietà/equità intergenerazionale, che la distacchi dal cono d'ombra dell'equilibrio di bilancio di lungo termine, in cui è finora restata confinata.

<sup>44</sup> Cass., VI sez., ord., 24 gennaio 2018, nn. 1795, 1796 e 1797 e 20 febbraio 2018, n. 4120, con le quali è stata rimessa alla pubblica udienza la questione del contributo di solidarietà.

<sup>45</sup> Cass. 21 settembre 2018, n. 20877; Cass. 6 novembre 2018, n. 28253; Cass. n. 28773 del 2018, cit., che hanno riconosciuto la legittimità dei c.d. "coefficienti di neutralizzazione", ossia di abbattimento della quota retributiva della pensione, introdotti «contestualmente alla previsione della possibilità, dapprima esclusa, che la pensione di anzianità venisse cumulata con lo svolgimento di altre attività, ivi compresa la prosecuzione di quella propria del ragioniere».

<sup>46</sup> Cass. n. 28773 del 2018, cit.

## Lo spazio delle infrastrutture di trasporto

Francesca Scaturro\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Infrastrutture e contrazione dello spazio. – 3. Infrastrutture, consolidamento e creazione di nuovi spazi. – 4. Infrastrutture, agglomerazione e divari. – 5. Considerazioni finali.

### 1. Introduzione

Le infrastrutture di trasporto sono concepite con riferimento ad uno *spazio*. Lo spazio ne influenza la struttura, l'articolazione e, allo stesso tempo, viene da queste modificato, trasformato. Lo spazio *delle* infrastrutture ha innanzitutto una connotazione prettamente geografica, fisica, ma è anche uno spazio che può essere valutato in termini di funzionalità, ossia in rapporto alle relazioni che su di esso insistono.

In prospettiva storica, a livello globale, lo sviluppo delle infrastrutture di trasporto ha determinato una progressiva e sostanziale *contrazione* dello spazio, una riduzione crescente delle distanze. Inoltre, le infrastrutture di trasporto sono spesso state concepite come funzionali al consolidamento di *nuovi spazi*, dalla formazione degli Stati nazionali al più recente processo di integrazione europea. Tuttavia, non sempre si è realizzata l'auspicata integrazione dei territori o una maggior coesione sociale, e le *periferie* non sono risultate sistematicamente più o meglio collegate ai *centri*.

Nei paragrafi che seguono sarà fatto cenno ad alcuni aspetti che caratterizzano le infrastrutture di trasporto, con specifico riferimento al loro rapporto con lo spazio, e si richiameranno alcune delle dinamiche che ne hanno segnato gli sviluppi più recenti. L'attenzione sarà primariamente posta sulla scala nazionale ed europea.

\* *Assegnista di ricerca in Economia Politica, Università Politecnica delle Marche.*

## 2. Infrastrutture e contrazione dello spazio

Nel corso degli ultimi tre secoli, lo sviluppo delle infrastrutture di trasporto a livello internazionale è stato sostanziale e caratterizzato da rilevanti innovazioni.

Dopo un lungo periodo di scarsi progressi registrati con riferimento all'ampliamento e all'ammodernamento infrastrutturale<sup>1</sup>, nel corso del XVIII secolo si diffuse in Europa una rinnovata attenzione per la viabilità stradale. La crescita commerciale e manifatturiera andava alimentando una crescente necessità di circolazione, di merci e persone, a cui gli Stati risposero favorendo opere di miglioramento della rete stradale<sup>2</sup>. Tuttavia, occorre rilevare che, prima delle trasformazioni portate dalla Rivoluzione Industriale, non esistevano forme di trasporto motorizzate e le vie d'acqua erano ancora le più efficienti, soprattutto per il trasporto di carichi importanti, in quanto consentivano di coprire lunghe distanze a costi relativamente bassi.

Nel corso del XIX secolo, mentre la rete stradale andava progredendo, soprattutto grazie alle tecniche innovative di pavimentazione, l'Europa fu investita dalla cosiddetta *railway mania*<sup>3</sup>, che diede forte impulso alla velocizzazione degli spostamenti, su distanze progressivamente più lunghe<sup>4</sup>. In quel periodo, venne costruita la maggior parte

<sup>1</sup> Relativamente ai trasporti terrestri, il Medioevo fu segnato da un profondo declino della viabilità in Europa rispetto ai progressi registrati in tale ambito durante l'impero romano. Le reti viarie vennero trascurate e versarono in stato di quasi abbandono in quanto l'isolamento e l'inaccessibilità erano le uniche strategie di difesa di centri e territori. Successivamente, nel corso del Rinascimento, il motivo commerciale fu alla base di un rinnovato interesse per le strade, sebbene limitatamente alle arterie principali. Tuttavia, in generale, la condizione della viabilità in Europa rimase precaria fino al XVIII secolo (S. MAGGI, *Storia dei Trasporti in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2a ed., 2009).

<sup>2</sup> In epoca preindustriale, il trasporto interno era principalmente legato alla circolazione della corrispondenza (S. MAGGI, *Storia dei Trasporti in Italia*, op. cit.).

<sup>3</sup> La corsa alle costruzioni ferroviarie si affermò pressoché contemporaneamente negli Stati Uniti dove, prima del 1830, vennero aperti alcuni tratti delle ferrovie Baltimora-Ohio e Charleston-Hamburg (G. H. DOUGLAS, *All aboard. The railroads in American life*, Paragon House, New York, 1992).

<sup>4</sup> L'origine della ferrovia è legata al trasporto merci (il primo tronco su cui venne utilizzata la locomotiva collegò, nel 1825, le miniere di Darlington al porto di Stockton, in Inghilterra); tuttavia, anche le sue potenzialità per il trasporto viaggiatori furono prontamente valorizzate (S. MAGGI, *Storia dei Trasporti in Italia*, op. cit.).

delle reti ferroviarie giunte fino ad oggi. Il processo di infrastrutturazione dell'epoca, tuttavia, si caratterizzò per un'elevata frammentazione: molteplici erano i soggetti gestori e significative le differenze, in termini di scartamento, sistemi di segnalamento e, successivamente, elettrificazione tra le diverse tratte a livello internazionale come pure all'interno dei singoli Stati<sup>5</sup>. Inoltre, prima che le reti ferroviarie venissero concepite e sviluppate su itinerari nazionali, le prime tratte furono per lo più funzionali a collegare centri vicini. Nella seconda metà del XIX secolo, importanti avanzamenti furono registrati anche con riferimento al trasporto marittimo; oltre alle innovazioni legate alla navigazione (carte nautiche e progressi nelle tecniche di costruzione di navi), due grandi interventi infrastrutturali sancirono un cambiamento dei traffici senza precedenti: l'apertura del canale di Suez (1869) e del canale di Panama (i cui lavori terminarono nel 1914, ma la cui progettazione fu avviata negli ultimi decenni del 1800).

Nel XX secolo, l'avvento dell'automobile e il cambiamento degli stili di vita nei Paesi più avanzati diedero grande impulso al potenziamento delle strade e alla costruzione di nuove arterie<sup>6</sup>. La motorizzazione di massa, soprattutto nel secondo dopoguerra, impose un rinnovamento del sistema di viabilità, rispetto sia all'estensione della rete sia all'impiego di materiali e tecniche idonei a renderla sicura e percorribile. In breve tempo, il trasporto stradale divenne la modalità di trasporto dominante. Negli ultimi decenni del secolo, inoltre, significativa fu la crescita delle modalità più rapide di trasporto, *in primis* quello aereo, che ha sancito in breve tempo il suo primato sul trasporto ferroviario con riferimento alle lunghe distanze e sul trasporto marittimo quanto alle rotte intercontinentali<sup>7</sup>. Un ulteriore contributo alla velocizzazione degli spostamenti è stato infine fornito dall'alta velocità ferroviaria<sup>8</sup>, in alcuni casi in diretta concorrenza con il trasporto aereo.

<sup>5</sup> Come riferito da R. D. KNOWLES, *Transport shaping space: differential collapse in time-space*, in *Journal of transport geography*, 14(6), 407-425, 2006, al tempo della guerra civile americana negli Stati Uniti erano in uso 23 diversi scartamenti.

<sup>6</sup> All'inizio del XX secolo, negli Stati Uniti come pure in alcuni Paesi europei, venne realizzata una nuova tipologia di arteria, l'autostrada, destinata al traffico di maggior velocità e a lunghi collegamenti.

<sup>7</sup> Lo sviluppo del trasporto aereo venne trainato dall'industria bellica e nel corso del XX secolo il settore registrò importanti progressi.

<sup>8</sup> I primi progetti di ferrovie ad alta velocità vennero realizzati in Giappone cin-

Le tappe richiamate a livello internazionale hanno scandito, sullo stesso orizzonte temporale, l'evoluzione delle infrastrutture di trasporto in Italia. Nel XVIII secolo lo sviluppo di una rete di strade postali costituì lo scheletro del futuro sistema viario nazionale. Nel corso del XIX secolo prese il via la costruzione del sistema ferroviario. I primi tratti collegarono le capitali dei regni preunitari ai maggiori centri<sup>9</sup>; poi, nei decenni successivi all'unificazione, la rete venne progressivamente estesa e le singole tratte connesse<sup>10</sup>. Il XX secolo è stato caratterizzato dai progressi relativi al trasporto su gomma e all'automobile. Un primo impulso allo sviluppo del settore lo si ebbe già nel primo dopoguerra<sup>11</sup>, sebbene fu negli anni Cinquanta e Sessanta che si realizzò il grande sistema autostradale italiano e l'auto si affermò come mezzo di trasporto di massa<sup>12</sup>. Gli ultimi decenni del secolo scorso sono stati segnati dalla crescita del traffico aereo e da interventi di razionalizzazione del servizio, sia dal punto di vista tecnico (ad esempio, sistemi di gestione decolli e atterraggi) che economico (*deregulation*).

quanta anni fa e introdotti, successivamente, in molti Stati europei (primo tra questi, la Francia con il TGV tra Parigi e Lione, che entrò in funzione tra il 1981 e 1983 e inaugurò in Europa l'epoca della *grande vitesse*). Con riferimento all'alta velocità ferroviaria in Europa, K. SPIEKERMANN, M. WEGENER, *The shrinking continent: New time-space maps of Europe*, in *Environment and Planning B: Planning and Design*, 21(6), 653-673, 1994, hanno messo in luce il contributo da questa fornito in termini di evoluzione del rapporto tra spazio e tempo.

<sup>9</sup> Nel 1839 la tratta da Napoli a Portici, prima in Italia, venne aperta all'esercizio (L. FACCHINELLI, *Le Ferrovie e la costruzione dell'Italia unita*, in *TeMA - Journal of Land Use, Mobility and Environment*, 4(1), 41-50, 2011).

<sup>10</sup> Già nel 1866, grazie agli interventi realizzati (e alle ingenti risorse investite), era possibile muoversi da Torino a Lecce e da Milano a Roma. Complessivamente, l'estensione della rete italiana nel 1861 ammontava a 2773 km, nel 1901 a 16451 km e nel 1991 a 19582 km (S. MAGGI, *Le ferrovie*, Il Mulino, Bologna, 4a ed., 2017).

<sup>11</sup> In Italia, la prima autostrada - la Milano-Laghi - venne ultimata nel 1925. Alla vigilia della seconda guerra mondiale, l'estensione della rete autostradale in Italia era pari a 545 km e molte fabbriche automobilistiche erano già operative (S. S. MAGGI, *Storia dei Trasporti in Italia*, op. cit.).

<sup>12</sup> Si ricordano a tale proposito la cosiddetta legge Romita (l. 21 maggio 1955, n. 463) e la legge 24 luglio 1961, n. 729 che promossero la costruzione di autostrade e altre strade. Anche grazie a tali provvedimenti, la dotazione italiana di autostrade a fine anni Settanta risultava superiore a quella di molti altri Paesi europei.

Sono stati realizzati, inoltre, i primi progetti di alta velocità ferroviaria<sup>13</sup>.

Complessivamente, le trasformazioni richiamate hanno determinato una riduzione progressiva dei tempi di viaggio, modificando il concetto di distanza. Si consideri, ad esempio, che, a seguito della realizzazione del canale di Panama, la distanza tra New York e San Francisco risultò pari a 5262 miglia nautiche, a fronte delle 13135 che sarebbe stato necessario percorrere attraverso lo stretto di Magellano. Similmente, la distanza tra San Francisco e Liverpool si ridusse da 13522 miglia nautiche (via stretto di Magellano) a 7836 (attraverso il canale)<sup>14</sup>. Più recentemente, grazie all'alta velocità, il tempo di viaggio tra Parigi e Londra è passato da circa cinque ore nel 1989 a poco più di due ore nel 2009<sup>15</sup>. Con riferimento a tali tendenze, la letteratura<sup>16</sup> ha utilizzato espressioni quali *contrazione dello spazio* o *convergenza spazio-temporale*<sup>17</sup>, facendo riferimento alla riduzione del tempo necessario per raggiungere una destinazione come conseguenza (anche) delle innovazioni nei trasporti<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> La prima linea veloce progettata in Europa è stata la Direttissima Firenze-Roma, inaugurata per metà percorso nel 1977 (poi completata nel 1992). Occorrerà tuttavia attendere l'ultimo decennio del secolo per la realizzazione di altre tratte AV (nel 2018, l'estensione delle linee AV separate dalla rete convenzionale ammonta in Italia a 1467 km, come riferito da RFI - <http://www.rfi.it/rfi/LINEE-STAZIONI-TERRITORIO/Istantanea-sulla-rete/La-rete-oggi>).

<sup>14</sup> R. SABONGE, R. SÁNCHEZ, *The Panama Canal turns 100: history and possible future scenarios*, in *FAL Bulletin*, 334(6), 2014.

<sup>15</sup> European Commission. Directorate-General for Mobility and Transport (2010).

<sup>16</sup> La letteratura cui si fa riferimento ai fini del richiamo di tali concetti è principalmente quella della Transport Geography.

<sup>17</sup> Dell'Autostrada del Sole, i cui lavori terminarono nel 1964, si disse che rendeva "l'Italia più corta" (Touring Club Italiano, 2010). K. SPIEKERMANN, M. WEGENER, *The shrinking continent: New time-space maps of Europe*, op. cit., riferendosi all'Europa dell'alta velocità ferroviaria, utilizzarono l'espressione "shrinking continent".

<sup>18</sup> Sulla convergenza spazio-temporale (*time-space convergence*), D. G. JANELLE, *Central place development in a time-space framework*, in *The Professional Geographer*, 20(1), 5-10, 1968; ID, *Spatial reorganization: a model and concept*, *Annals of the Association of American Geographers*, 59(2), 348-364, 1969, rileva che, in conseguenza alle innovazioni nei sistemi di trasporto, il tempo di viaggio tra luoghi si riduce e la distanza diviene meno rilevante. Similmente, nella definizione proposta in J. STEIN, *Reflections on time, time-space compression and technology in the nineteenth century* in J.

### 3. Infrastrutture, consolidamento e creazione di nuovi spazi

Nell'esaminare la relazione tra infrastrutture e spazio, non si può non fare cenno alla rilevanza che la realizzazione delle reti di trasporto ebbe ai fini del consolidamento delle entità statali nel corso della storia. Limitare, infatti, la valutazione dell'impatto delle infrastrutture di trasporto alla riduzione tramite queste conseguita delle distanze su varia scala è da ritenersi riduttivo. La portata delle opere richiamate al paragrafo precedente va ben oltre tale aspetto. Le infrastrutture non hanno semplicemente consentito o migliorato la mobilità; esse hanno contribuito a consolidare il potere politico e militare, a finalizzare processi di unificazione nazionale, a perseguire obiettivi di coesione sociale.

Per l'Impero romano, la realizzazione della rete stradale ebbe una funzione strategico-militare, di supporto all'espansione e al controllo dei territori conquistati. La rilevanza della strada fu tale da influenzare la struttura e l'organizzazione delle città, costruite sul modello dell'accampamento militare. Con riferimento all'Italia, in epoca ben più recente, un importante contributo al processo di unificazione nazionale arrivò dalla strada ferrata, che divenne il simbolo della trasformazione civile e politica che investiva a quel tempo il Paese. I regni preunitari avevano dato risposte differenti alla railway mania, e la dotazione infrastrutturale al momento dell'Unità risultava disomogenea<sup>19</sup>. Nel 1859, l'unione delle linee lombarda e piemontese, divenne il simbolo della nuova coscienza italiana. Negli anni successivi, fu grande lo sforzo profuso per collegare le reti ed accrescerne l'estensione nelle aree meno dotate al fine di costituire una rete nazionale<sup>20</sup>. Grazie alla ferro-

MAY, N. THRIFT (eds.), *Timespace: geographies of temporality*, London and New York, Routledge, 2003, si fa riferimento all'accresciuta velocità di circolazione di beni, persone e informazioni, e alla conseguente riduzione nella distanza relativa tra luoghi.

<sup>19</sup> Le politiche ferroviarie adottate dagli Stati preunitari si rivelarono piuttosto diversificate. Al momento dell'unificazione, dei 2189 km di strade ferrate in esercizio lungo la penisola, poco meno del 40% era localizzato in Piemonte il quale, insieme al Lombardo-Veneto, aveva in dotazione circa i due terzi dell'intera estensione nazionale. Lo Stato Pontificio e il Regno delle Due Sicilie disponevano, rispettivamente, di 132 km e 128 km. Complessivamente, 34 province del Regno d'Italia delle 59 esistenti nel 1861 erano prive di strade ferrate (S. MAGGI, *Le ferrovie*, op. cit.).

<sup>20</sup> Tra il 1861 e il 1870 vennero realizzati in Italia circa 4000 km di ferrovie (*Ibidem*).

via, si uniformò l'orario lungo la penisola, rendendo possibile il coordinamento delle corse; le notizie e l'informazione presero a circolare rapidamente e il treno divenne un luogo di comunicazione e interazione sociale.

In tempi più recenti, l'esperienza europea fornisce un'evidenza ulteriore del ruolo che la realizzazione di infrastrutture di trasporto può avere ai fini della creazione di *nuovi spazi*. Quello dei trasporti è stato uno dei primi settori in cui la Comunità Economica Europea, già a partire dal Trattato di Roma (1957), ha previsto la definizione di una politica comune, in quanto considerato essenziale per dare attuazione alle libertà di circolazione alla base del mercato unico. Tuttavia, all'interno del Trattato, il quale dedica un intero titolo al settore dei trasporti, l'attenzione è esclusivamente riservata alla regolazione dei servizi di trasporto, mentre manca qualsiasi riferimento alla componente infrastrutturale. In altre parole, priorità venne data alla creazione di un mercato comune in materia di trasporti, attraverso l'apertura dei mercati nazionali e la libertà di fornire servizi. L'idea di coordinare e finanziare una serie di infrastrutture prioritarie a livello europeo emerse, invece, per la prima volta negli anni Novanta. Fu il Trattato di Maastricht a prevedere la realizzazione di una rete transeuropea nei settori dei trasporti, delle comunicazioni e dell'energia (TENs, Trans-European Networks)<sup>21</sup>, progetto che sancì l'introduzione in modo diretto della dimensione *spaziale* all'interno delle politiche dell'Unione<sup>22</sup>. Nell'ambito delle reti transeuropee, quella relativa ai trasporti (TEN-T, Trans-European Transport Network) è un network multimodale di infrastrutture di trasporto, articolato su due livelli: una rete globale (*comprehensive network*), individuata in modo da garantire accessibilità a tutte le regioni europee, e una rete centrale (*core network*), di rilevanza strategica, definita lungo le direttrici dei maggiori flussi di traffico globali ed europei. Gli obiettivi, di lungo termine, del progetto sono colmare i divari infrastrutturali, eliminare le strozzature e superare

<sup>21</sup> Trattato sull'Unione Europea (92/C 191/01), Titolo XII.

<sup>22</sup> Come riferito in D. PETERS, *Cohesion, polycentricity, missing links and bottlenecks: conflicting spatial storylines for pan-European transport investments*, in *European Planning Studies*, 11(3), 317-339, 2003, prima del Trattato di Maastricht, l'enfasi era stata posta su questioni regolatorie. Successivamente, invece, la volontà dell'Unione di attribuire una caratterizzazione territoriale, *spaziale* al processo di integrazione trovò concreta manifestazione attraverso il finanziamento di progetti infrastrutturali.

le barriere tecniche tra gli Stati membri in ambito trasportistico, al fine di collegare fra loro le reti nazionali, connettere tutte le regioni europee e contribuire alla creazione di uno *spazio unico europeo* dei trasporti<sup>23</sup>. È tuttavia opportuno rilevare che la realizzazione del progetto TEN-T, oltre a rispondere ai fini appena riferiti relativi alla creazione di una rete europea dei trasporti, risulta funzionale al perseguimento di obiettivi di portata più ampia<sup>24</sup>, tra cui, *in primis*, quelli di coesione economica e sociale. A tal proposito, in una comunicazione della Commissione Europea<sup>25</sup> si riferisce che i trasporti rivestono un ruolo centrale nell’impegno assunto dall’Unione per la riduzione delle disparità regionali e sociali e per il rafforzamento della coesione. In altre parole, lo sviluppo di una rete comune di trasporti risulta funzionale al più ampio processo di integrazione comunitaria<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> I passi necessari alla realizzazione di uno spazio unico europeo nel settore dei trasporti sono stati delineati nell’ultimo libro bianco dei trasporti (Commissione europea, 2011). Lo *spazio* cui tale espressione fa riferimento è sia uno spazio fisico, ossia un’area fisicamente interconnessa dalle infrastrutture di trasporto, sia uno spazio socio-economico, un mercato, la cui unitarietà presupponga una *governance* europea del settore. Oltre alla componente infrastrutturale, infatti, cui i paragrafi presenti sono precipuamente dedicati, è opportuno rilevare che molti progressi sono stati registrati negli ultimi decenni anche con riferimento ai servizi di trasporto. Tra gli interventi principali si ricordano la progressiva liberalizzazione dei mercati nazionali delle ferrovie, la normativa sul cabotaggio stradale e marittimo, e i due pacchetti sul “cielo unico europeo” miranti a creare uno spazio aereo europeo con una regolamentazione comune per l’aviazione (Commissione europea, 2014). Occorre inoltre porre in evidenza che, rispetto alla realizzazione di uno spazio unico europeo, il caso dei trasporti assume una rilevanza particolare in quanto storicamente ambito di pertinenza nazionale.

<sup>24</sup> Sulla politica dei trasporti e sue relazioni con altre politiche europee, e in particolare sul contributo delle infrastrutture di trasporto, si veda L. AMMANNATI, A. CANEPA, *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico?*, Giappichelli, Torino, 2016. Per una valutazione del progetto TEN-T e delle associate ricadute spaziali, si veda K. SPIEKERMANN, M. WEGENER, *Accessibility and spatial development in Europe*, in *Scienze Regionali*, 5(2), 15-46, 2006.

<sup>25</sup> Comunicazione *Cohesion and transport*, COM(1998) 806 final. Analogamente, nel recente rapporto *Transport and the European Union. Current trends and issues* si riferisce che “(transport) also has a strong territorial dimension and is key to cohesion between regions of the EU” (European Commission. Directorate-General Mobility and Transport, 2018, 1).

<sup>26</sup> Il già citato rapporto *Transport and the European Union. Current trends and issues* si apre con l’affermazione: “Transport is a cornerstone of European integration” (European Commission. Directorate-General Mobility and Transport, 2018, 1).

#### 4. Infrastrutture, agglomerazione e divari

La relazione tra infrastrutture e spazio può essere esaminata anche in termini economici. Assumendo tale prospettiva, occorre innanzitutto valutare la distribuzione nello spazio delle attività economiche, la quale si caratterizza per una limitata omogeneità. Si pensi, a titolo d'esempio, su una scala geografica ampia, alla storica *manufacturing belt*<sup>27</sup> degli Stati Uniti o, in tempi più recenti, alla *blue banana*<sup>28</sup> europea; oppure, facendo riferimento ad una scala locale, ai distretti industriali in Italia<sup>29</sup>. La rilevazione di simili fenomeni di concentrazione geografica denota la significatività della variabile 'spazio' per il funzionamento del sistema economico<sup>30</sup>.

Le prime riflessioni sull'introduzione dello spazio nell'analisi economica sono rintracciabili nelle teorie della localizzazione, le quali assumono uno spazio *fisico-metrico*, omogeneo (cioè privo di ogni specificità geografica) e concepito come distanza fisica. Secondo i modelli riconducibili a tale paradigma teorico, l'organizzazione delle attività nello spazio, dal lato della domanda e dell'offerta, è influenzata da due fattori: i costi di trasporto, che ne favoriscono la dispersione, e le economie di agglomerazione, che stimolano, invece, la concentrazione. La scelta localizzativa è, dunque, l'esito dell'equilibrio tra queste due forze opposte, a partire dalle quali, pur in presenza di uno spazio geograficamente indifferenziato, è possibile interpretare la disomogenea di-

<sup>27</sup> La 'cintura industriale' identificava un'area nel nord-est degli Stati Uniti dove, a partire dalla metà del XIX secolo e fino alla metà del secolo scorso, presero a localizzarsi e ad operare grandi imprese dell'industria pesante.

<sup>28</sup> Tale espressione venne utilizzata per identificare il corridoio urbano, caratterizzato da concentrazione demografica, di industrie e servizi, da Londra fino a Genova, attraverso le regioni centrali del continente europeo (G. J. HOSPERS, *Beyond the Blue Banana?*, in *Intereconomics*, 38(2), 76-85, 2003; D. PETERS, *Cohesion, polycentricity, missing links and bottlenecks: conflicting spatial storylines for pan-European transport investments*. *op. cit.*).

<sup>29</sup> Si veda, tra gli altri, G. BECATTINI (a cura di), *Mercato e forze locali: il distretto industriale*, Il Mulino, Bologna, 1987.

<sup>30</sup> La branca della scienza economica che incorpora la dimensione dello spazio nell'analisi del funzionamento del mercato è l'economia regionale. Si veda R. CAPELLO, *Economia regionale. Localizzazione, crescita regionale e sviluppo locale*, Il Mulino, Bologna, 2a ed., 2015, per un'organica trattazione dei principali modelli che ne hanno segnato lo sviluppo, sinteticamente richiamati in quanto segue.

stribuzione territoriale delle attività. Diversa è la concezione dello spazio adottata dalle teorie della crescita regionale che, prescindendo dalla modellizzazione dei vantaggi derivanti dalla prossimità territoriale, mirano a spiegare le dinamiche di crescita di sistemi economici locali, assumendo una configurazione dello spazio *astratta e discreta*. Un'ulteriore prospettiva è quella assunta dalle teorie dello sviluppo locale che si articolano muovendo da un'interpretazione dello spazio quale fonte di vantaggi economici e di competitività. È uno spazio *diversificato-relazionale*, un sistema di fattori materiali e immateriali che, arricchito dai vantaggi della prossimità spaziale, genera processi di sviluppo. Infine, nell'approccio che caratterizza i modelli della nuova geografia economica e quelli di crescita endogena, lo spazio è inteso come *diversificato-stilizzato*. Si assume altresì che il processo di sviluppo sia strettamente associato alla diversificazione spaziale, sebbene non venga adottata una concezione dello spazio come sistema di relazioni o fattore autonomo di sviluppo.

In generale, dunque, pur nella varietà delle interpretazioni, la modellizzazione dello spazio accresce la portata esplicativa dell'analisi economica e fornisce validi argomenti per dare ragione della disomogenea distribuzione geografica delle attività economiche e dei processi di sviluppo. Rispetto a tale evidenza, sembra opportuno chiedersi, nell'ambito della presente riflessione, quale sia, o possa essere, il ruolo delle infrastrutture, e di quelle di trasporto, in particolare. Modificando l'attrattività e l'accessibilità dei territori, la dotazione infrastrutturale può innanzitutto influenzare il mercato potenziale e il grado di agglomerazione o dispersione delle attività economiche<sup>31</sup>. Inoltre, se da un lato la presenza di infrastrutture potrebbe contribuire ad una miglior diffusione dello sviluppo e delle attività<sup>32</sup>, riducendo i differenziali regionali, dall'altro la realizzazione o il miglioramento delle reti di trasporto potrebbe favorire i nodi principali o le aree più avanzate, in

<sup>31</sup> D. GRAHAM, *Agglomeration Economies and Transport Investment*, OECD/ITF Joint Transport Research Centre Discussion Papers, No. 2007/11, Paris, OECD Publishing, 2007.

<sup>32</sup> Si pensi all'aumentata accessibilità delle aree più periferiche del Paese e al decentramento territoriale (di industrie e popolazione) associati allo sviluppo del trasporto automobilistico nell'Italia degli anni Sessanta (S. MAGGI, *Storia dei Trasporti in Italia, op. cit.*).

tal modo alimentando la concentrazione<sup>33</sup>. Infine, laddove interpretata come fattore di sviluppo, la presenza di infrastrutture, tra cui quelle di trasporto, si rivela centrale per l'avvio e il consolidamento di processi di crescita regionale<sup>34</sup>.

Alla luce dei predetti argomenti, si ritiene rilevante valutare la distribuzione nello spazio delle infrastrutture. A tal fine, occorre innanzitutto prendere atto che quest'ultima si caratterizza per una limitata omogeneità. Questo fatto è ancora più rilevante in quanto in molti casi ha radici storiche, ovvero risulta che alcuni dei divari territoriali nella originaria dotazione infrastrutturale non sono stati colmati nel tempo. Con riferimento all'Italia, le misure infrastrutturali disponibili denotano l'esistenza di un ritardo rispetto ai principali Paesi europei e, all'interno del Paese, indicano un gap sfavorevole per il Mezzogiorno, la cui dotazione di infrastrutture (e, nello specifico, di quelle di trasporto) è sensibilmente inferiore a quella del Centro-Nord<sup>35</sup>. Tale divario si rileva nonostante siano stati attuati sin dall'Unità d'Italia interventi pubblici volti a mitigarlo. Per quanto riguarda la scala europea, la distribuzione delle infrastrutture di trasporto tra Paesi membri dell'UE risulta non uniforme. Collegamenti ferroviari ad alta velocità sono ancora assenti in molti dei Paesi di più recente adesione e le reti autostradali sono in questi relativamente meno sviluppate<sup>36</sup>. Inoltre, una certa variabilità nella dotazione infrastrutturale emerge anche a livello regionale, all'interno dei singoli Stati. Proprio l'esistenza di tali divari ha originariamente motivato e ancora oggi alimenta l'impegno europeo nel settore dei trasporti, in favore del perseguimento di una

<sup>33</sup> Per un richiamo ai principali modelli che esaminano la relazione tra infrastrutture e disparità economiche territoriali si veda il contributo di G. OTTAVIANO, *Infrastructure and economic geography: An overview of theory and evidence*, all'interno del rapporto *Infrastructure investment, growth and cohesion. The economics of regional transport investment*, EIB papers, 13(2), 2008.

<sup>34</sup> Si veda R. CAPELLO, *Economia regionale. Localizzazione, crescita regionale e sviluppo locale*, op. cit., per una rassegna dei contributi dedicati all'analisi della relazione tra infrastrutture e crescita.

<sup>35</sup> Banca d'Italia (2011), DELOITTE-LUISS, *Gli investimenti in infrastrutture di trasporto. Ritorni e ritardi*, 2015; SVIMEZ, *Rapporto SVIMEZ 2016 sull'economia del Mezzogiorno*, Bologna, Il Mulino, 2016.

<sup>36</sup> Commissione europea. Direzione generale della Comunicazione (2014), Commissione europea. Direzione generale della Politica regionale e urbana (2014), European Commission (2018).

maggior equità nella dotazione infrastrutturale e, attraverso questa, di una maggior coesione territoriale. Occorre tuttavia rilevare che in alcuni casi è la natura stessa delle infrastrutture di trasporto a determinare una localizzazione concentrata nello spazio, una non capillare diffusione. Ne consegue che, per alcune tipologie di infrastrutture, i collegamenti e le reti potrebbero favorire l'interconnessione tra centri maggiori o aree più avanzate e accrescere l'accessibilità e l'attrattività di questi, determinandone la marginalizzazione di altri. Un esempio è quello relativo all'alta velocità ferroviaria, di cui la letteratura ha ampiamente dibattuto gli effetti distributivi sul piano territoriale<sup>37</sup>.

### 5. Considerazioni finali

Esiste una stretta relazione tra infrastrutture di trasporto e spazio. Il trasporto rende possibile la circolazione di merci e persone; consente la mobilità. Nel corso dei secoli, lo sviluppo delle infrastrutture di trasporto ha modificato il significato di distanza, in un certo senso riducendola; ha collegato luoghi, reso accessibili territori. Invero, attraverso la realizzazione delle infrastrutture di trasporto, alcuni spazi hanno consolidato la propria identità e nuovi spazi sono stati delineati.

La riflessione sull'evoluzione delle infrastrutture di trasporto nello spazio ed in rapporto ad esso rappresenta un valido spunto per valutare processi di portata più ampia rispetto all'analisi della mobilità. È possibile attraverso questa ripercorrere alcune importanti tappe della storia politica nazionale e sovra-nazionale, mettere a fuoco fasi salienti di trasformazione del sistema economico, apprezzare alcuni rilevanti cambiamenti intercorsi nel tessuto sociale e sul piano culturale.

Due, in particolare, sembrano essere le ragioni della valenza interpretativa estesa che è possibile attribuire alle infrastrutture, e a quelle di trasporto tra queste: da un lato, l'orizzonte temporale, il più delle volte considerevolmente dilatato, con riferimento al quale le infrastrutture vengono concepite e, quindi, realizzate; dall'altro, il loro carattere

<sup>37</sup> Si vedano, tra gli altri, i contributi di E. MEIJERS, J. HOEKSTRA, M. LEIJTEN, E. LOUW, M. SPAANS, *Connecting the periphery: distributive effects of new infrastructure*, *Journal of Transport Geography*, 22, 187-198, 2012; E. ORTEGA, E. LÓPEZ, A. MONZÓN, *Territorial cohesion impacts of high-speed rail at different planning levels*, in *Journal of Transport Geography*, 24, 130-141, 2012.

di strumentalità rispetto ad altre dimensioni del sistema socio-economico. Ne consegue che un'appropriate valutazione delle infrastrutture di trasporto, sebbene non possa prescindere da un robusto inquadramento in ambito strettamente trasportistico, necessita di essere sempre ricondotta ad una visione più articolata del contesto, presente e futuro, entro cui gli interventi e le opere andranno ad essere inseriti.

### *Bibliografia*

- AMMANNATI L., CANEPA A., *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico?*, Giappichelli, Torino, 2016.
- Banca d'Italia, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Seminari e convegni, n.7, 2011.
- BECATTINI G. (a cura di), *Mercato e forze locali: il distretto industriale*, Il Mulino, Bologna, 1987.
- CAPELLO R., *Economia regionale. Localizzazione, crescita regionale e sviluppo locale*, Il Mulino, Bologna, 2a ed., 2015.
- Commissione europea, *Libro bianco. Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti. Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile*, Bruxelles, 28.03.2011, COM(2011) 144 definitivo.
- Commissione europea. Direzione generale della Comunicazione, *Trasporti: collegare i cittadini e le imprese dell'Europa*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali dell'Unione europea, 2014.
- Commissione europea. Direzione generale della Politica regionale e urbana, *Sesta relazione sulla coesione economica, sociale e territoriale. Investimenti per l'occupazione e la crescita. Promuovere lo sviluppo e la buona governance nelle città e regioni dell'UE*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2014.
- Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 14 January 1999, *Cohesion and transport*, COM(1998) 806 final.
- Deloitte-LUISS, *Gli investimenti in infrastrutture di trasporto. Ritorni e ritardi*, 2015.
- DOUGLAS G. H., *All aboard. The railroads in American life*, Paragon House, New York, 1992.
- European Commission. Directorate-General for Mobility and Transport. *High-speed Europe: A Sustainable Link Between Citizens*, Luxembourg, Publications Office of European Union, 2010.
- European Commission. Directorate-General Mobility and Transport,

- Transport in the European Union – current trends and issues*, report, 2018.
- FACCHINELLI L., *Le Ferrovie e la costruzione dell'Italia unita*, in *TeMA - Journal of Land Use, Mobility and Environment*, 4(1), 41-50, 2011.
- GRAHAM D., *Agglomeration Economies and Transport Investment*, OECD/ITF Joint Transport Research Centre Discussion Papers, No. 2007/11, Paris, OECD Publishing, 2007.
- HOSPERS G. J., *Beyond the Blue Banana?*, *Intereconomics*, 38(2), 76-85, 2003.
- JANELLE D. G., *Central place development in a time-space framework*, *The Professional Geographer*, 20(1), 5-10, 1968.
- ID, *Spatial reorganization: a model and concept*, *Annals of the association of American Geographers*, 59(2), 348-364, 1969.
- KNOWLES R. D., *Transport shaping space: differential collapse in time-space*, in *Journal of transport geography*, 14(6), 407-425, 2006.
- MAFFEO S., *L'Italia unita...dalle infrastrutture*, in *TeMA - Journal of Land Use, Mobility and Environment*, 4(1), 51-60, 2011.
- MAGGIS, *Storia dei Trasporti in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2a ed., 2009.
- ID, *Le ferrovie*, Il Mulino, Bologna, 4a ed., 2017.
- MEIJERS E., HOEKSTRA J., LEIJTEN M., LOUW E., SPAANS M., *Connecting the periphery: distributive effects of new infrastructure*, in *Journal of Transport Geography*, 22, 187-198, 2012.
- MONZÓN A., ORTEGA E., LÓPEZ E., *Efficiency and spatial equity impacts of high-speed rail extensions in urban areas*, *Cities*, 30, 18-30, 2013.
- ORTEGA E., LÓPEZ E., MONZÓN A., *Territorial cohesion impacts of high-speed rail at different planning levels*, in *Journal of Transport Geography*, 24, 130-141, 2012.
- OTTAVIANO G., *Infrastructure and economic geography: An overview of theory and evidence*, all'interno del rapporto *Infrastructure investment, growth and cohesion. The economics of regional transport investment*, EIB papers, 13(2), 2008.
- PETERS D., *Cohesion, polycentricity, missing links and bottlenecks: conflicting spatial storylines for pan-European transport investments.*, in *European Planning Studies*, 11(3), 317-339, 2003.
- SABONGE R., SÁNCHEZ R., *The Panama Canal turns 100: history and possible future scenarios*, in *FAL Bulletin*, 334(6), 2014.
- SPIEKERMANN K., WEGENER M., *The shrinking continent: New time-space maps of Europe*, in *Environment and Planning B: Planning and Design*, 21(6), 653-673, 1994.
- SPIEKERMANN K., WEGENER M., *Accessibility and spatial development in Europe*, in *Scienze Regionali*, 5(2), 15-46, 2006.
- STEIN J., *Reflections on time, time-space compression and technology in the nineteenth century* in May J. and Thrift N. (Eds.), *Timespace: geographies of temporality*, London and New York, Routledge, 2003.

SVIMEZ, *Rapporto SVIMEZ 2016 sull'economia del Mezzogiorno*, Il Mulino, Bologna, 2016.

Touring Club Italiano, *1861-2011 L'Italia unita e diversa*, Touring editore, 2010.



## Tempo e spazio: alcune suggestioni storico-giuridiche

Monica Stronati \*

SOMMARIO: 1. Le coordinate della storia del diritto. – 2. Dalla *iurisdictio* alla sovranità. – 3. Spazio politico e confini: terra e mare. – 4. Spazio politico e confini: dalla *respublica* alla *societas*.

«Da quassù la terra è bellissima, senza frontiere né confini»

Jurij Gagarin, 12 aprile 1961

### 1. Le coordinate della storia del diritto

Il tema della didattica integrata “Tempo e spazio nella dimensione giuridica, economica e sociale”, è di particolare interesse per gli insegnamenti storico-giuridici che, per questa ragione, sono stati coinvolti in numerosi seminari e lezioni interdisciplinari: il seminario di apertura dei corsi<sup>1</sup>, quello sul tema degli spazi e tempi carcerari; sull’archetipo contrattuale della mezzadria; su spazio politico e confini, seminario quest’ultimo che ha fornito categorie e principi utili alla comprensione dell’incontro di chiusura dei corsi “Il movimento delle persone nel tempo e nello spazio, i fenomeni migratori”.

Le ragioni di un diffuso coinvolgimento della storia del diritto sono facilmente intuibili, le coordinate spazio-temporali sono, infatti, un abituale strumento di studio ed analisi dello storico del diritto che osserva i fenomeni giuridici collocati in spazi e tempi determinati<sup>2</sup>.

L’approccio della storia del diritto è necessariamente diacronico,

\* Professore Associato di Storia del Diritto Medievale e Moderno, Università degli Studi di Macerata.

<sup>1</sup> Il programma delle iniziative è consultabile sul sito della Sezione di Scienze giuridiche economiche e sociali del Dipartimento di Giurisprudenza, al seguente link: <[http://giurisprudenza.unimc.it/it/ricerca/dirittoapplicato/didattica-integrata/didattica\\_integrata\\_calendario\\_2017\\_2018.pdf](http://giurisprudenza.unimc.it/it/ricerca/dirittoapplicato/didattica-integrata/didattica_integrata_calendario_2017_2018.pdf)>.

<sup>2</sup> M. MECCARELLI, J. SOLLA SASTRE (eds.), *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, <[www.rg.mpg.de/gplh\\_volume\\_6](http://www.rg.mpg.de/gplh_volume_6)>.

perché si dipana nello sviluppo temporale, cioè la descrizione del diritto viene scandita dal tempo. Tuttavia, il tempo non lo possiamo immaginare come una linea inerte indifferente al diritto e alla sua costruzione, perché esso incide sulle dinamiche stesse del diritto. Il tempo, dunque, può essere un attributo che determina e attribuisce specificità al diritto<sup>3</sup>.

Orientarsi sulla linea del tempo non è cosa facile perché si incontrano numerose insidie, per esempio il rischio di un approccio anacronistico o teleologico<sup>4</sup>. Pur muovendoci in senso opposto sulla ipotetica linea del tempo l'esito, in entrambe gli approcci, è sostanzialmente il medesimo, ovvero la storia viene piegata in funzione legittimante del presente. L'approccio anacronistico, che si muove dal presente verso il passato, tende a trasferire a ritroso nel tempo l'esistenza di un istituto giuridico perlopiù inseguendo una superficiale continuità terminologica. L'approccio teleologico si muove all'opposto, dal passato fino al tempo presente, cioè muove dal passato nella prospettiva dell'evoluzione successiva, come se la storia fosse uno sviluppo progressivo, una stratificazione cumulativa che da un punto di partenza grezzo arriva ad un presente perfetto e compiuto.

Lo storico del diritto è portato, probabilmente, a privilegiare la dimensione temporale, perché usa il tempo come misura per osservare i cambiamenti del diritto, tuttavia non meno importante è la dimensione dello spazio, o meglio, il rapporto che intercorre tra tempo e spazio. Anzi, avrebbe poco senso osservare un istituto giuridico senza calarlo nella complessità del contesto storico in cui è stato ideato ed ha operato.

Numerosi sono i 'falsi amici' perché, al di là dell'assonanza, le parole hanno una profonda discontinuità semantica. Per esempio il concetto di "famiglia" che nel diritto romano «abbracciava non solo parentele molto più vaste, ma anche i non parenti, come i domestici o gli schiavi (*famuli*), e persino i beni della "casa"»<sup>5</sup>. Ma la lista è piuttosto

<sup>3</sup> Massimo Meccarelli parla di tempo ascrivito che «rappresenta una speciale condizione del diritto, indica *sincronie e fasi* all'interno della linea temporale che accompagna la vita del diritto», M. MECCARELLI, *I tempi ascriviti tra esperienza giuridica e ricerca storica*, in *Le Carte e la Storia*, n. 2, dicembre 2018, 18.

<sup>4</sup> Cfr., A. M. HESPANHA, *La cultura giuridica europea*, Il Mulino, Bologna, 2013, 14 ss.

<sup>5</sup> *Ivi*, 17.

lunga, anche il concetto di “obbligazione” intesa come vincolo giuridico risale al diritto romano, tuttavia quel vincolo «era inteso in senso materialistico, come un vincolo del corpo del debitore al debito, ciò spiega perché, in caso di inadempienza, le conseguenze ricadessero sul corpo del debitore o sulla sua libertà (carcerazione per debiti)»<sup>6</sup>. Ancora più risalente, ma anche più cangiante nei contenuti, è il concetto di “libertà”. Lo troviamo nella Grecia classica, nella Roma repubblicana e con un diverso significato col diffondersi del cristianesimo, ma in tempi a noi più vicini, la libertà «ha finito con l’incorporare l’idea del diritto all’autodeterminazione e della libertà di azione politica; oppure, e ancora in seguito, la necessità di ricevere dallo Stato l’appoggio necessario (economico, culturale, sanitario) ad esercitare, effettivamente, quella autodeterminazione virtuale»<sup>7</sup>. Un altro istituto di lunghissimo periodo è la “proprietà” che per il diritto romano era la facoltà di “usare e abusare delle cose”, ovvero di fare un uso normale e legittimo dei beni «il quale si impone al proprietario escludendo la piena libertà di disporre che ha caratterizzato più tardi la proprietà capitalistica»<sup>8</sup>.

Ed, infine, anche la parola “stato” può creare confusione. Oggi con “stato” indichiamo una esclusiva e piena sovranità. In passato la «parola *stato* (*status*) è stata utilizzata in relazione ai detentori del potere (lo *status rei romanae*, lo *status regni*), ma non conteneva in sé le caratteristiche concettuali dello Stato»<sup>9</sup>.

Lo storico del diritto deve fare i conti con i tempi lunghi in cui contestualizzare correttamente gli istituti giuridici. Nel fare questa operazione, lo storico del diritto, deve anche affrontare una questione di fondamentale importanza, ovvero individuare le «età di passaggio»<sup>10</sup>, le discontinuità degli ordinamenti giuridici, cioè quelle cesure che non si risolvono in meri mutamenti di superficie.

Un esempio significativo è il “codice”. La parola codice è rintracciabile fin dall’antichità ed è proprio questa la ragione del problema: la molteplicità di significati e la stratificazione storico-concettuale rischia di nascondere le profonde differenze di origine e funzione. “Codice”

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Ivi*, 18.

<sup>9</sup> *Ivi*, 17-18.

<sup>10</sup> L. LOSCHIAVO (a cura di), *L’età di passaggio: all’alba del diritto comune europeo (secoli 3.-7.)*, Giappichelli, Torino, 2016.

può riferirsi anche a raccolte di materiale normativo non giuridico, oppure di provenienza privata; può portare con sé i diversi significati attribuiti dalle diverse scienze: sociali, umane, naturali (codice semantico, parentale, dei miti, estetico, della comunicazione animale)<sup>11</sup>. Il codice ci pone di fronte ad una duplice discontinuità: in rapporto alle raccolte non giuridiche ed anche in relazione ai codici dell'antichità. Nella modernità la fonte codice implica un progetto di unificazione e di stabilizzazione del diritto. I codici che precedono la rivoluzione dei Lumi hanno la funzione di agevolare la reperibilità delle fonti giuridiche e di creare una sorta di preminenza della fonte giuridica dei sovrani legislatori nel contesto della pluralità delle fonti giuridiche.

Diversa è la funzione del codice nel nuovo regime degli Stati sovrani nazionali, perché i codici del XIX secolo mirano ad esautorare l'ordinamento giuridico. È vero che i codici tecnicamente moderni accolgono vecchi istituti, risalenti persino al diritto romano, tuttavia la sistematica del codice ne modifica il senso. Il codice è un mosaico composto da norme positive, e non basta osservare gli istituti giuridici storicizzandoli perché la sistemazione degli istituti giuridici ed il contesto dell'ordinamento incidono in modo costitutivo sul significato stesso della fonte giuridica. È come se utilizzassimo le tessere di un mosaico, le medesime tessere diversamente assemblate danno forma a composizioni completamente differenti.

La storiografia ha elaborato i criteri per individuare i caratteri tecnici dei codici in senso moderno e distinguerli dalle compilazioni legislative. Queste ultime sarebbero semplici raccolte, o consolidazioni parziali, allo scopo di revisionare e razionalizzare la legislazione esistente senza mettere in discussione il sistema tradizionale delle fonti giuridiche. Le compilazioni, a differenza dei codici, si aggiungono alle altre fonti giuridiche dell'ordinamento tradizionale ponendosi in posizione di superiorità.

La nuova fonte giuridica rimanda in modo correlazionale a simboli e valori di un determinato tempo. Oltre a realizzare l'unificazione del diritto in un unico testo legislativo organicamente compiuto, il codice

<sup>11</sup> P. CAPPELLINI, *Codici*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 102 ss.; cfr., P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti del Convegno internazionale Firenze 26-28 ottobre 2000*, Giuffrè, Milano, 2002.

s'impone in uno spazio territoriale sostituendo il sistema pluralistico delle fonti.

Un altro carattere, decisivo, è l'unificazione del soggetto di diritto che, da un lato corrisponde ad uno spazio in cui la società non è più diversificata in appartenenze di status. D'altro lato, proprio attraverso la generalità ed astrattezza dei destinatari contribuisce a realizzare la drastica semplificazione della società.

Il codice, in senso moderno, deve anche far fronte alla sfida del tempo, ovvero deve sopravvivere immutato allo scorrere del tempo, perché il codice "nuovo" ha "promesso" di realizzare la certezza giuridica. Deve anche servire ad eventuali espansioni nello spazio territoriale, cioè deve essere un modello esportabile. Il codice, allora, deve essere anche completo, ovvero possedere il carattere della non eterointegrabilità. Il codice, dunque, è una fonte giuridica completa che si "rinnova" esclusivamente attraverso l'interpretazione analogica.

Il codice che corrisponde ai caratteri delineati dalle riflessioni storiografiche è il *code civil* francese del 1804 voluto da Napoleone. Quel codice è stato l'esito conclusivo di una serie di eventi che hanno poi condizionato gli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale e non solo.

Da tempo si preparava il superamento del diritto comune, un diritto scientifico, frutto della giurisprudenza dottrinale. Tuttavia occorre una "rivoluzione", le condizioni politiche e sociali giuste, oltre alla compiuta elaborazione teorica di una nuova fonte che offriva la certezza giuridica, per realizzare un nuovo assetto dell'ordine giuridico.

Ci sono, nella storia, anche eventi straordinari e improvvisi che determinano cambiamenti profondi, delle vere e proprie discontinuità. Nei nostri seminari, per esempio, è stato spesso evocato il terremoto. Un evento che ha segnato le nostre vite, la nostra quotidianità, ma anche in modo permanente il nostro ambiente, basti pensare alla deviazione di fiumi e di strade o addirittura alla scomparsa di interi paesi. Un evento che, nostro malgrado, ci ha resi più capaci di comprendere l'effettiva precarietà delle nostre sicurezze. Il terremoto, in effetti, è un avvenimento che può sconvolgere radicalmente le comunità e far crollare certezze. Così accadde, per esempio, con il terremoto a Lisbona del 1° novembre 1755. Quel drammatico, tragico evento fu il motore di importanti e profondi cambiamenti nelle tecniche architettoniche

ed urbanistiche e nella vita politica e sociale di Lisbona, ma «la vera portata della politica urbanistica pombalina» non si potrebbe cogliere «senza prima comprendere il quadro legislativo e amministrativo in cui avveniva la sua elaborazione ed esecuzione. Così come non è possibile comprendere il piano e quella legislazione prescindendo dal contesto politico e ideologico del loro tempo»<sup>12</sup>. Del terremoto di Lisbona, che si sentì in gran parte d'Europa e in Africa, hanno scritto Voltaire e Rousseau ma soprattutto Kant che, con i suoi *Scritti sui terremoti*, ha avviato un approccio scientifico e non più metafisico ai fenomeni naturali. L'evento fu talmente sconvolgente da mettere in discussione le certezze della natura e i fondamenti delle coordinate cartesiane. Emmanuel Kant ha inteso il tempo e lo spazio connaturati alla ragione e dunque il modo principale per l'individuo per percepire il mondo, ma anche qualcosa di oggettivo che precede l'esperienza dell'individuo.

L'approccio di Kant è stato a sua volta superato. Il cambio di prospettiva si deve alle riflessioni di sociologi come Durkheim e Mauss, i quali hanno sostenuto che spazio e tempo sono in stretto rapporto con l'organizzazione sociale<sup>13</sup>. L'approccio della sociologia «introduce una vera e propria soglia di discontinuità nei confronti della visione cartesiana e newtoniana così come della visione kantiana dello spazio-tempo: contrapposte fra loro, ma entrambe sottratte ai vincoli della dinamica sociale e delle trasformazioni storiche»<sup>14</sup>. Tempo e spazio da grandezze astratte diventano così il precipitato di effettive dinamiche di relazioni, ed anche la vita del diritto è parte di quelle dinamiche.

Tempo e spazio, dunque, non sono coordinate immutabili, cambiano di significato condizionando anche profondamente l'esperienza giuridica.

<sup>12</sup> C. MONTEIRO, *Il nuovo ordine giuridico per la ricostruzione di Lisbona a seguito del terremoto del 1755. Il rapporto tra forma urbana e struttura fondiaria*, in M. GIUFFRÈ, S. PIAZZA (a cura di), *Terremoti e ricostruzioni tra XVII e XVIII secolo. Atti dei seminari internazionali, Lisbona 10 ottobre 2008*, Edibook Giada, Palermo, 2012, 101.

<sup>13</sup> «même des idées aussi abstraites que celles de temps et d'espace sont, à chaque moment de leur histoire, en rapport étroit avec l'organisation sociale correspondante», É. DURKHEIM, M. MAUSS, *De quelques formes de classification. Contribution à l'étude des représentations collectives*, in *Année sociologique*, VI, (1901-1902), 46.

<sup>14</sup> P. COSTA, *Uno spatial turn per la storia del diritto? Una rassegna tematica*, in *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper*, 7, 2013, 5, <<http://ssrn.com/abstract=2340055>>.

## 2. Dalla *iurisdictio* alla sovranità

Lo spazio, come lo percepiamo oggi, è omogeneo ciò che varia è la distanza, al contrario nel Medioevo lo spazio è eterogeneo, è plurale, frammentato, disomogeneo così come lo sono le fonti giuridiche che riflettono la frammentarietà del territorio. Il diritto, in questo contesto, diviene «voce fedele di una società frammentata in una straripante articolazione comunitaria, in quelle comunità (famiglie, aggregati sovra-familiari, corporazioni religiose, corporazioni professionali, e via dicendo)»<sup>15</sup>.

Nella società rei centrica la fonte di legittimità del diritto è l'effettività, cioè l'effettiva capacità di essere osservato e applicato. Il diritto ha, quindi, un carattere ordinativo e non potestativo. Sono i fatti – la terra, il tempo e il sangue – ad avere potenzialità giuridica. La terra è fonte di sopravvivenza, ma solo se sfruttata insieme ad altri; il tempo crea, estingue, modifica e lega le generazioni; il sangue costituisce il legame, determina l'identità, l'appartenenza alla famiglia e al luogo di nascita, la *natio*. Questi fatti normativi, mettono in risalto l'imperfezione del singolo e la perfezione della comunità, hanno il significato antropologico di minimizzare il contributo del singolo soggetto, a favore delle comunità e dei gruppi: il soggetto ha rilevanza principalmente *uti socius* e non *uti singulus*<sup>16</sup>.

Nel contesto medievale ogni legame sociale e politico è spazializzato. Il territorio è di chi con il lavoro se ne è appropriato ed ha creato un diritto, prevalentemente una consuetudine, ma per certi aspetti il territorio non è l'oggetto necessario del diritto, cioè lo «spazio giuridico acquisisce una sua proiezione immateriale»<sup>17</sup>, qualcosa di simile a quanto accade oggi con la globalizzazione giuridica o con lo spazio virtuale della rivoluzione digitale.

La società medievale è una società senza Stato, semmai è composta di *status* cioè di appartenenze a comunità. Lo *status*, nel suo significato etimologico, rinvia all'idea di equilibrio e «corrisponde a un *luogo*

<sup>15</sup> P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, , 2003, 52.

<sup>16</sup> P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 11 ss.; F. CALASSO, *Fatto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, 16, 1958, N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Giappichelli, Torino, 2010.

<sup>17</sup> P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, op. cit., 74.

nell'ordine, a un compito o dovere sociale (*officium*)»<sup>18</sup>. Nella società composta da appartenenze a diversi *status* gli individui hanno tutti uguale dignità, ma sono inchiodati in rigide gerarchie sociali.

Il governo del territorio non opera per generare uniformità, e non opera attraverso una propria amministrazione. La società "plurale" si ordina in un pluralismo giuridico dove non ci sono gerarchie tra ordinamenti e le fonti giuridiche operano in una sorta di rete in rapporto paritario. Allo stesso modo non c'è dicotomia tra dimensione pubblica e privata, perché è lo spazio a determinare il potere: la frammentazione dello spazio determina la frammentazione del potere ed anche la molteplicità delle fonti giuridiche. Nelle società di Antico Regime, fino alla Rivoluzione francese, opera un pluralismo giuridico corporativista, cioè una forma di organizzazione del territorio che procede dal piccolo al grande, dal basso verso l'alto. Anche il governo del territorio presuppone l'esistenza di soggetti, comunità, ordinamenti e corporazioni, questi non sono mere parti, sezioni, dell'intero. Il diritto è funzionale all'intero territorio ma non è un diritto gerarchico, cioè non è sovraordinato ai diritti delle parti e dei singoli luoghi. È un diritto che mira alla razionalizzazione, ma non alla abrogazione dei diritti particolari. L'unità territoriale è preceduta dalle parti che lo compongono. Lo strumento di ordine e governo è la *iurisdictio*, ovvero uno strumento che consente di governare il rapporto fra poteri e territorio e riconoscere la pluralità dei poteri con lo scopo di mantenere la pace, consociare, tenere in equilibrio le forze concretamente esistenti<sup>19</sup>. Sussiste una pluralità di giurisdizioni perché «il potere è ripartito ed ogni corpo ha una propria funzione ed una propria autonomia»<sup>20</sup>.

La pluralità di poteri e privilegi è parte integrante il territorio tanto che anche il sovrano assoluto viene condizionato e limitato dall'ordine costituito, in questo senso «lo Stato "assoluto" è il più riuscito Stato di diritto»<sup>21</sup>, perché il Sovrano è limitato dai privilegi dei ceti e dei corpi.

Dopo la Rivoluzione francese, lo Stato non ha più la forma giurisdizionale ed anche la *iurisdictio* viene soppiantata da un nuovo principio ordinante: il principio di sovranità «che invece rivendica il carat-

<sup>18</sup> A. M. HESPANHA, *La cultura giuridica europea, op. cit.*, 89.

<sup>19</sup> Cfr., M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione, op. cit.*, 3-36.

<sup>20</sup> A.M. HESPANHA, *La cultura giuridica europea, op. cit.*, 91.

<sup>21</sup> P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2003, 93-94.

tere originario, l'assolutezza e l'unicità del potere politico e impedisce di riconoscere al suo interno articolazioni costituzionalmente rilevanti e autonome»<sup>22</sup>. La prima forma di Stato, che caratterizza l'Europa continentale fino al Novecento, è lo Stato di diritto con una costituzione liberale che si fonda sulla separazione dei poteri allo scopo di edificare forme stabili di governo moderato in funzione della garanzia dei diritti.

L'elemento che caratterizza lo Stato di diritto è il primato della legge sulle altre fonti giuridiche. La legge esprime allo stesso tempo la manifestazione della sovranità ed è lo strumento di garanzia dei diritti. E solo la legge può, nell'interesse di tutti, fissare eventuali limiti da porre all'esercizio dei diritti individuali.

Rispetto alla società reï centrica si ribalta la fonte di legittimità del diritto: non è più l'effettività bensì la validità, cioè il principio che a partire dal XVIII secolo ha caratterizzato la modernità, per cui determinante è il soggetto che crea e di conseguenza legittima il diritto.

### 3. Spazio politico e confini: terra e mare

Nel XIX secolo lo Stato "nuovo", secondo la dottrina giuridica deve possedere tre elementi costitutivi: il territorio, il popolo e la sovranità. Stato e territorio si sovrappongono, perché la sovranità si proietta in ogni parte del territorio, quest'ultimo viene assunto come uno spazio «omogeneo e divisibile: lo spazio 'vissuto' dallo Stato sembra coincidere senza sforzo con lo spazio newtoniano o cartesiano, perfettamente segmentabile»<sup>23</sup>.

In Europa gli Stati si definiscono entro confini politici lineari che estendono anche ai loro territori coloniali. La nozione giuridica di con-

<sup>22</sup> M. MECCARELLI, *Diritti e coesione sociale. Una prospettiva storico-giuridica*, in L. MAURO (a cura di), *Social cohesion and human rights. Reflections on the Contemporary Society*, Franco Angeli, Milano, 2017, 14.

<sup>23</sup> P. COSTA, *Uno spatial turn per la storia del diritto? Una rassegna tematica*, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2340055](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2340055)>, 23 (è la versione in italiano dell'articolo pubblicato in M. MECCARELLI, M.J. SOLLA SASTRE (eds.), *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: Research Experiences and Itineraries*, op. cit.).

fine si identifica, così, con il limite del territorio e della sovranità di uno Stato.

Nel libro *Il nomos della terra* (1950)<sup>24</sup>, Carl Schmitt, osserva le guerre di dominio degli Stati per la conquista del territorio e affronta il tema dello spazio e della sovranità sullo spazio. Per Schmitt la nuova definizione degli spazi globali coincide con l'ingresso nella modernità. Il segno del cambiamento starebbe proprio nella percezione e definizione del concetto di confine. Il XVI secolo è emblematico, quando la scoperta del Nuovo Mondo diventa politica coloniale di conquista delle terre. La corona castigliana e quella lusitana si spartiscono il Nuovo Mondo, in un primo momento Madrid può contare sulla Bolla di Papa Alessandro VI del 1493, aggiornata il 7 giugno 1494 con il trattato di Tordesillas con cui Spagna e Portogallo realizzano la divisione e spartizione dello spazio extraeuropeo. Lo scopo della bolla alessandrina è la spartizione ai fini dell'espansione della fede cristiana, in ogni caso il titolo giuridico giustifica il monopolio delle rotte atlantiche e assicura la superiorità militare della Spagna che non percepisce, dunque, l'urgenza di controllare gli spazi oceanici. La spartizione del Nuovo Mondo era avvenuta attraverso le *rayas*, ovvero linee di divisione. La *raya*, nota Schmitt, è uno «strumento di ripartizione spaziale, quantitativa, del potere, fondata “su un accordo di diritto internazionale concernente la conquista territoriale, dove non si distingue tra occupazione di mare e occupazione di terra”»<sup>25</sup>. Questa costruzione di spazi giuridici e politici si riflette in una concezione amministrativistica del sistema coloniale spagnolo ed anche nelle strategie politico-giuridiche per difendere i confini marittimi, in particolare nella guerra di corsa<sup>26</sup>. La Marina spagnola deve proteggere le proprie navi mercantili che attraversano l'Atlantico, soprattutto dai corsari inglesi, tuttavia è impos-

<sup>24</sup> *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «Jus publicum europaeum»* (traduzione e postfazione di E. CASTRUCCI), Adelphi, Milano, 1991.

<sup>25</sup> Cfr., F. RUSCHI, *Ius praedae. Oscar Cruz Barney e la 'guerra di corsa' come paradigma della modernità* (a proposito di O. Cruz Barney, *El régimen jurídico del corso marítimo: el mundo indiano y el México del siglo XIX*, UNAM, Mexico, 1997 e di O. Cruz Barney, *El combate a la piratería en Indias, 1555-1700*, Oxford University Press, Mexico, 1999), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 32 (2003), 610-611.

<sup>26</sup> Cfr., F. RUSCHI, *Questioni di spazio: la terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt*, Giappichelli, Torino, 2012.

sibile garantire l'effettiva vigilanza e il controllo degli immensi spazi marittimi perché le *rayas* sono concepite come confini del tutto assimilabili ai confini naturali terrestri come i fiumi o le catene montuose.

Nella crisi della politica coloniale spagnola ha avuto un ruolo determinante la guerra di corsa, ovvero la cattura delle navi mercantili del nemico, esercitata anche dagli armatori privati. I corsari, a differenza dei pirati, agiscono su autorizzazione del governo che rilascia la lettera di corsa. In questo modo sostengono grandi imprese commerciali che fanno la ricchezza di alcuni gentiluomini e pure dei sovrani, come Elisabetta che partecipa ai rischi finanziari e ai guadagni di alcuni corsari. Non è un caso se il corsaro britannico è denominato *privateer*. I corsari britannici rappresentano il potente ceto mercantile che esercita la corsa secondo il principio della *res communes omnium* (cose comuni a tutti) degli spazi marittimi. Una strategia spregiudicata che però permette la costruzione dell'impero commerciale nell'Oceano Indiano. Diverso è l'atteggiamento dei *corsarios* spagnoli che, d'altra parte, rappresentano «una borghesia debole, arroccata nei privilegi garantiti dallo Stato»<sup>27</sup>.

La Corona spagnola usa la corsa per la repressione del contrabbando e come strumento di amministrazione coloniale. L'errore spagnolo è stato la concezione degli spazi giuridici, ovvero considerare gli spazi marittimi oceanici *res nullius*, quindi liberamente occupabili, replicando nelle immense distese oceaniche le linee di confine che delimitavano gli spazi di dominio dei territori statali<sup>28</sup>.

La Dichiarazione di Parigi del 1856 mette fine della guerra di corsa a favore del libero scambio. Il principio economico del *laissez faire laissez passer* comincia ad estendersi anche alle relazioni politiche e sociali. I confini in realtà hanno spesso operato non tanto come argini impenetrabili come strumenti di separazione «ma anche come luogo di transito (di merci, esseri umani, libri, lingue, dottrine, norme, istituzioni). Il confine appare in questa prospettiva un'articolazione dello spazio e lo snodo di una complessa interazione sociale»<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> F. RUSCHI, *Ius praedae. Oscar Cruz Barney e la 'guerra di corsa' come paradigma della modernità*, op. cit., 612.

<sup>28</sup> *Ivi*, 613.

<sup>29</sup> P. COSTA, *Uno spatial turn per la storia del diritto?*, op. cit., 16.

#### 4. *Spazio politico e confini: dalla respublica alla societas*

Lo spazio giuridico-politico dell'età moderna è complesso e certamente problematico perché è uno spazio plurale in cui sussistono molteplici confini, alcuni «definiti, altri molto più labili nel loro tracciato, alcuni perennemente contestati, altri vissuti in maniera pacifica e frutto di una lenta sedimentazione. Confini che spesso è più inutile che impossibile tracciare in astratto»<sup>30</sup>. Emblematico, in tal senso, è il racconto citato da Paolo Marchetti nel seminario su “Spazio politico e confini nella scienza giuridica tra età moderna e contemporanea”. Il buffone Gonnella era stato bandito dal territorio di Verona, sotto pena capitale. Per sfuggire al bando rientra a Verona su di un carro coperto di terra prelevata a Ferrara sostenendo di non contravvenire al divieto perché, appunto, si trovava sul terreno ferrarese. Il racconto è derisorio e grottesco, ma esemplificativo della complessità dei principii che governano la territorialità politica medievale e delle difficoltà nel porre confini.

Diversa è la concezione dello spazio dalla fine del XVIII secolo, quando le sovranità statali coincidono con i margini dei territori e gli Stati nazionali concepiscono i confini come linee di separazione impenetrabili<sup>31</sup>. Nel corso di un secolo si raggiunge il pieno compimento degli Stati nazionali sovrani, inizialmente accrescendo l'apparato amministrativo per il fisco, la difesa, gli apparati di giustizia e poi il definitivo superamento dell'ordinamento di antico regime e la realizzazione di un unico ordinamento, quello statale, ed una esclusiva fonte giuridica, la legge, prodotta monopolisticamente dallo Stato<sup>32</sup>. Nel corso

<sup>30</sup> P. MARCHETTI, *Spazio politico e confini nella scienza giuridica del tardo medioevo*, in *Reti Medievali Rivista*, VII - 2006/1, 10.

<sup>31</sup> «In un ordine giuridico statale fondato sui diritti di cittadinanza, come emerso in modo definitivo – almeno nel mondo occidentale – da fine Settecento, i confini non possono essere aperti e porosi, specie per movimenti di massa: la migrazione è, per tale tipo di concezione politico-giuridica inter-statale, intrinsecamente problematica, fonte di insanabili contraddizioni, sostanzialmente irrisolvibile pena il rischio di crollo del sistema stesso», M. PIFFERI, *Paure dello straniero e controllo dei confini. Una prospettiva storico-giuridica*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, n. 1 (2019), 182 <<http://riviste.unimc.it/index.php/qspg/article/view/2222>>.

<sup>32</sup> P. MARCHETTI, *Spazio politico e confini nella scienza giuridica del tardo medioevo*, *op. cit.*

del XIX secolo si generalizza anche l'idea di confine come frontiera lineare, ovvero un elemento di divisione politico-giuridica dello spazio.

Le fondazioni del nuovo assetto giuridico istituzionale si rintracciano nel Settecento, soprattutto nella sottrazione dell'individuo alle appartenenze cetuali e corporative. Lo Stato d'Antico Regime era uno spazio «strutturalmente fondato sulla partecipazione dei corpi ed era innanzi tutto un luogo di mediazioni»<sup>33</sup>, non una partecipazione democratica ma certamente un'articolazione del potere.

L'ordine giuridico degli Stati nazionali rimpiazza l'ordine giuridico dello Stato giurisdizionale dove la tutela giuridica non è determinata dall'appartenenza ad un territorio bensì principalmente dallo *status* di appartenenza del soggetto, dunque anche le risposte giuridiche saranno estremamente differenziate<sup>34</sup>. Nella nuova rappresentazione il soggetto unitario di bisogni e diritti viene «definito dai parametri della libertà e dell'eguaglianza»<sup>35</sup>. Il principio di astratta eguaglianza dei soggetti comporta anche un mutamento dell'idea di protezione del soggetto nella comunità di appartenenza politica.

Il passaggio alla modernità comporta cambiamenti profondi che vanno a toccare il fondamento dell'ordinamento politico e giuridico. Hespanha fa notare che muta anche il modo di denominare lo spazio comune degli uomini: alla *respublica* o *communitas* subentra la *societas*, ovvero l'associazione di individui isolati e disorganizzati che volontariamente si organizzano attraverso dei patti per limitare la loro volontà originaria<sup>36</sup>. All'origine del nuovo ordine c'è un contratto di associazione tra individui astrattamente considerati liberi ed eguali. Si tratta di attribuzioni meramente formali perché non tengono conto dell'effettiva condizione sociale e delle reali capacità dei soggetti. Gli individui, infatti, sono astratti dalla loro reale condizione storica con la conseguenza di aver edificato l'ordine giuridico e politico su di un artificio. Tra gli obiettivi dello Stato di diritto c'è quello di rafforzare le sfe-

<sup>33</sup> I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino, 2002, 100.

<sup>34</sup> C. STORTI, *Alcune considerazioni sul trattamento dello straniero in età medievale e moderna tra flessibilità e pragmatismo*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Eum, Macerata, 2012, 124.

<sup>35</sup> P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, op. cit., 94.

<sup>36</sup> A. M. HESPANHA, *La cultura giuridica europea*, op. cit., 232.

re di libertà dei soggetti, tuttavia la creazione di effetti vantaggiosi, peraltro nei confronti solo di alcuni soggetti, non necessariamente significa «l'attribuzione di specifici diritti»<sup>37</sup>.

Lo Stato liberale di diritto pone al centro il cittadino proprietario, perché la proprietà non è solo il diritto reale di godere e di disporre delle cose, la proprietà è un'estensione della libertà degli individui e, astrattamente considerata, è una facoltà che possiedono tutti gli individui, almeno potenzialmente.

La protezione della proprietà nello Stato liberale ha paradossalmente prodotto ingiustizie sostanziali, perché il diritto di proprietà individuale ha escluso l'accesso alla proprietà di chi non possiede e ha escluso il riconoscimento della proprietà collettiva. Il paradosso prodotto dall'ordine giuridico liberale è l'attribuzione solo formale di diritti senza curarsi delle reali condizioni per il loro effettivo esercizio: «non garantire queste condizioni è, di fatto, come non attribuire quegli stessi diritti»<sup>38</sup>.

Si tratta di libertà fondamentali degli individui che trovano accoglimento nelle Costituzioni liberali come, per esempio, la libertà di locomozione, ovvero la libertà di migrare che si deduce dall'art. 26 dello Statuto albertino<sup>39</sup>, in quanto parte integrante delle libertà fondamentali dei cittadini. La dottrina giuridica non sembra avere dubbi, Racioppi e Brunelli nel Commento allo Statuto albertino sostengono che «La libertà individuale o personale abbraccia e comprende anche quella che taluni configurano separatamente sotto il “nome di libertà di locomozione”, cioè la libertà di poter senza ostacoli trasferire la persona o il domicilio anche da un luogo all'altro dello Stato, ed anche d'emigrare dallo Stato e tornarvi»<sup>40</sup>. In definitiva, la libertà di migrare è «il primo tra i diritti che lo Stato deve riconoscere al cittadino»<sup>41</sup>.

Negli Stati liberali europei il “diritto” di migrare è più esattamente una “libertà”, ovvero un “diritto” solo astrattamente riconosciuto ma non effettivamente attribuito ai soggetti, perché in ogni caso i diritti

<sup>37</sup> P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, op. cit., 90.

<sup>38</sup> A. M. HESPANHA, *La cultura giuridica europea*, op. cit., 236.

<sup>39</sup> «La libertà individuale è garantita. Niuno può essere arrestato o tradotto in giudizio se non nei casi previsti dalla legge e nelle forme che essa prescrive».

<sup>40</sup> F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. II (Dall'art. 24 all'Art. 47), Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1909, 60.

<sup>41</sup> F. P. CONTUZZI, *Emigrazione*, in *Digesto Italiano*, vol. X, 1895-1898, 348.

individuali sono soggetti al condizionamento dell'appartenenza alla sovranità statale.

L'Europa del XIX secolo viene improvvisamente investita dagli effetti della rivoluzione industriale. Il processo di inurbamento, spinto anche dalla speranza di trovare lavoro nelle città, svuota le già provate campagne. Si creano nuove forme di povertà che trovano uno sfogo anche nella emigrazione<sup>42</sup>. Quest'ultima è agevolata dallo sviluppo tecnologico della mobilità che amplifica la possibilità di «varcare confini e oceani», e allo stesso tempo sostiene lo sviluppo tecnologico proprio con il finanziamento da parte dei migranti. L'Europa dell'Ottocento scopre all'improvviso che il fenomeno della migrazione è un «problema politico, economico e sociale»<sup>43</sup>. La prima reazione dei governi liberali, impreparati ad affrontare il movimento migratorio di massa, non poteva che essere fiacca. Tutti gli Stati europei adottano un approccio emergenziale e disorganico, attraverso ordinanze ed istruzioni ai funzionari di polizia si rivolgono prevalentemente contro gli abusi commessi dalle agenzie. Solo in una seconda fase, adottano leggi speciali a tutela dei migranti.

Gli Stati liberali tengono una condotta oscillante nei confronti del fenomeno migratorio, certamente hanno un approccio “poliziesco”, tuttavia non nel senso di una volontà di repressione antiliberal, semmai un atteggiamento conservatore.

La questione sottesa, di rilevante importanza, è il rapporto tra Stato e cittadino, tra sfera pubblica e sfera privata e dunque i limiti dell'intervento dello Stato nelle libertà dei cittadini. Nel bilanciamento tra la sovranità statale e i diritti individuale finisce, però, col prevalere lo Stato, perché il fenomeno della migrazione implica profili essenziali della sovranità, dalle politiche demografiche al controllo dei confini nazionali<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> O nella criminalizzazione in “classi pericolose”, cfr. L. LACCHÈ, *La paura delle «classi pericolose». Ritorno al futuro?*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, n. 1 (2019), sp. 166 <<http://riviste.unimc.it/index.php/qspg/article/view/2221>>.

<sup>43</sup> M. COLUCCI, M. SANFILIPPO, *Le migrazioni. Un'introduzione storica*, Carocci, Roma, 2009, 9.

<sup>44</sup> M. PIFFERI, *Ius peregrinandi e contraddizioni dell'età liberale. Qualche riflessione sulla “falsa” libertà di migrare in Italia e negli USA*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, op. cit., 255.

La dimensione costituzionale degli Stati liberali sconta un grande limite, quelle costituzioni sono documenti politici e non hanno la forza di porsi come norme sovraordinate. I diritti, compresa la libertà di locomozione, elencati nelle costituzioni flessibili degli Stati liberali sono un «'presupposto' dei diritti, ma questi esistono concretamente solo per il tramite della legge, perché solo la legge è dotata di autentica forza giuridica, capace d'incidere nella disciplina dei rapporti tra consociati»<sup>45</sup>.

La Costituzione liberale si occupa principalmente di fissare la forma di governo e non prevede un controllo di costituzionalità delle leggi dello Stato. La legge non può che essere superiore alla Costituzione perché il principio di sovranità è custodito nella legge.

Il limite della costituzione liberale è anche causa del suo superamento. Nel Novecento, quando cominciano a inserirsi principi democratici, partiti politici, organizzazioni di interessi, sindacati comincia un'opera di demolizione della legge generale e astratta dello Stato come espressione della volontà generale.

La Costituzione democratica, degli Stati costituzionali del secondo dopoguerra, non si limita più a dettare la forma di governo, contiene principi e diritti fondamentali che vanno tutelati con il controllo di costituzionalità. La Costituzione democratica si pone al di sopra della legge ordinaria del Parlamento<sup>46</sup>.

Nel XX secolo riemerge la complessità dell'ordinamento giuridico e si valorizza la pluralità di soggetti che vive all'interno dello spazio statale. Gli Stati in qualche modo "perdono", dunque, la pienezza della sovranità ottocentesca anche per le spinte sovranazionali come, per esempio, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000.

Una profonda trasformazione sta interessando il modello di Stato-nazione, il fenomeno della globalizzazione rinnova ancora una volta la nostra percezione dello spazio sollecitando riflessioni e ripensamenti. Lo spazio locale torna ad essere considerato uno spazio politico di partecipazione diretta delle collettività che coopera con macro aree regionali<sup>47</sup>. Una tale tendenza ha fatto emergere un nuovo interesse al recu-

<sup>45</sup> M. FIORAVANTI, *Costituzione e Legge fondamentale*, in *Diritto pubblico*, 2/2006, 481.

<sup>46</sup> M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, *op. cit.*, 30 e ss.

<sup>47</sup> Cfr., G. ALLEGRI, *Il ritorno al futuro del costituzionalismo: un progetto di ricerca*

pero di alcune tradizioni. Si torna a guardare con interesse, per esempio, all'autonomia dei territori dell'esperienza corporativista. Un'esperienza del passato dove l'autonomia civica mostra la capacità di far convivere la dimensione locale con quella universale, un'esperienza lontana nel tempo e fortunatamente irripetibile, ma che offre originali strumenti per ridefinire il rapporto tra territorio e amministrazione, tra la dimensione locale e quella globale.



## Riflessioni sparse sul diritto di accesso allo spazio urbano nell'era digitale

Laura Vagni \*

SOMMARIO: 1. La riscoperta della relazione tra spazio e diritto nel XX secolo: una premessa. – 2. Il diritto alla città. – 3. Accesso allo spazio urbano e tutela della proprietà privata. – 4. La città digitale e la tutela del diritto di accesso: il caso *Packingham* deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. – 5. Spazi digitali e dimensione pubblica della proprietà privata.

### 1. *La riscoperta della relazione tra spazio e diritto nel XX secolo: una premessa*

La relazione tra spazio e diritto, benché da sempre riconosciuta, non è stata oggetto di studio da parte dei giuristi del XIX secolo: lo spazio era concepito come lo sfondo neutrale delle relazioni tra soggetti e la sua relazione con l'interpretazione e l'applicazione delle regole giuridiche non era particolarmente indagata. Solo alla fine dello scorso secolo alcuni autori hanno posto l'attenzione sul rapporto di reciproca implicazione tra spazio e diritto e sull'apporto della geografia agli studi giuridici. Si tratta di un approccio alla scienza giuridica che trova un qualche precedente nel realismo giuridico americano degli inizi del '900, al quale si deve un primo riconoscimento del valore delle scienze sociali per lo sviluppo del diritto e, con esso, un'idea del diritto come scienza viva, che si forma nell'esperienza del vivere quotidiano, in relazione osmotica con altri saperi<sup>1</sup>. La geografia, tuttavia, non rientra tra i principali campi d'indagine del realismo giuridico.

Il contributo della geografia agli studi giuridici diviene oggetto di analisi nell'ambito del movimento di "Law and Geography", che si sviluppa con lo scopo di evidenziare la mutua dipendenza e influenza tra

\* *Professore Associato di Diritto Privato Comparato, Università degli Studi di Macerata.*

<sup>1</sup> Cfr. O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 1897, 10, 457 ss., per i primi riferimenti sul movimento americano del Realismo Giuridico cfr. J. SINGER, *Legal Realism Now*, in *California Law Review*, 76(2), 1988, 465-544.

spazio e diritto, e il ruolo dello spazio come fattore di formazione del diritto<sup>2</sup>. Questa dottrina critica la squalificazione dello spazio negli studi giuridici e sostiene che la prospettiva storica (temporale) nell'analisi delle regole giuridiche non deve essere disgiunta dalla collocazione del diritto in un contesto spaziale. Il diritto si forma in un luogo specifico e varia rispetto al luogo di formazione. Il filosofo francese Paul-Michel Foucault, alla fine degli anni '70, scrive:

*Lo spazio è quel che era morto, fisso, non dialettico, immobile. Per contro, il tempo era ricco, fecondo, vivo, dialettico. L'utilizzazione di termini spaziali ha un po' l'aria di un'antistoria per tutti quelli che confondono la storia con le vecchie forme di evoluzione, di continuità vivente, di sviluppo organico, di progresso della coscienza o del progetto dell'esistenza. [...] La descrizione spaziale dei fatti discorsivi apre l'analisi agli effetti di potere che sono loro legati<sup>3</sup>.*

Foucault contrappone il Medioevo come tempo della localizzazione, in cui la società è incorporata in un ordine spaziale che si concretizza in luoghi specifici, alla linearità dello storicismo e alla conseguente astrazione dello spazio. L'Autore invoca un recupero della dimensione spaziale delle relazioni e concentra l'attenzione sui luoghi come prodotti della società<sup>4</sup>.

Negli stessi anni, i geografi americani riscoprono lo spazio come fattore di formazione della società e la sua influenza nello sviluppo delle relazioni e nella distribuzione dei poteri all'interno della comunità<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. Y. BLACK, I. ROSEN-ZVI, *The Spatial Turn in Legal Theory*, in *Hagar Studies in Culture Policy and Identities*, 2010, 10(1), 37-60; in italiano per i primi riferimenti cfr. D. FESTA, *La svolta spaziale nel pensiero giuridico. Un'Introduzione*, in *Semestrale di Studi e ricerche di geografia*, 2015, 2, 81-99.

<sup>3</sup> M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, trad. it., A. FONTANA, P. PASQUINO (a cura di), Einaudi, Torino, 1977, 154.

<sup>4</sup> Sulla diversa concezione dello spazio e della relazione tra spazio e diritto in epoca medievale e nel XIX secolo cfr. M. MECCARELLI, *The Assumed Space: Pre-reflective Spatiality and Doctrinal Configurations in Juridical Experience*, in *Rechtsgeschichte Legal History*, 2015, 23, 241-252, che distingue tra l'idea medievale dello spazio come un dato e l'idea ottocentesca dello spazio come 'deciso' (*decided space*) attraverso l'esercizio della sovranità statale e prodotto del potere politico, come tale determinato e non determinante delle regole giuridiche.

<sup>5</sup> Tra le principali opere che hanno segnato questa svolta negli studi geografici v. N.K. BLOMLEY, *Law, Space and Geographies of Power*, Guilford Publication, New

In ambito giuridico emerge, simultaneamente, un approccio volto al superamento dell'idea di diritto come insieme di costruzioni concettuali, non in grado di descrivere la complessità del reale<sup>6</sup>. In questo contesto, l'attenzione è concentrata sullo spazio urbano, inteso non più come scenario neutrale della vita degli abitanti, ma come laboratorio di diritti dei cittadini: nella città, nella pratica del vivere quotidiano, i diritti assumono nuovi significati, come esito di un processo induttivo, secondo il quale le relazioni sociali che si svolgono negli spazi urbani e la stessa vita cittadina influenzano l'effettività dei diritti e ne specificano il contenuto. Lo spazio urbano, considerato non solo nella sua dimensione materiale, ma anche come spazio sociale, diventa luogo essenziale di espressione della cittadinanza, così che la tutela dei diritti dei cittadini si realizza anche attraverso il riconoscimento di un loro 'diritto alla città'.

## 2. Il diritto alla città

L'espressione 'diritto alla città' evoca le riflessioni del filosofo francese Henri Lefevre, che nel 1968 pubblica il volume *Le droit à la ville*, dove individua una stretta connessione tra il tessuto urbano e la società ed evidenzia come lo spazio urbano sia costruito secondo regole imposte dalla stessa società. Lefevre analizza il capitalismo industriale di quegli anni e gli effetti che ha avuto sulla città, migliorando le condizioni di vita di molti quartieri, ma, allo stesso tempo, facendo perdere alla città il suo senso generale, la sua identità, data dall'opera e dall'uso da parte dei membri della comunità. La città non è più co-

York, 1994; la relazione tra spazio e diritto era stata oggetto di attenzione già in precedenza, senza tuttavia essere analizzata come fattore di formazione delle regole giuridiche; cfr. N. BLOMLEY, J. LABOVE, *Law and Geography*, in *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 2a ed., 2015, 13, 474-478.

<sup>6</sup> Si tratta di una corrente di pensiero caratterizzata da una matrice ideologica, che «[...] rappresenta, pur nelle sue varie sfumature, una continuazione, sia pure ideale, di quella tradizione culturale progressista [...]», così G. MARINI, *I Critical Legal Studies*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986, 1, 187-213, che spiega il legame di questo movimento di pensiero, dove sono individuabili voci eterogenee, con diverse esperienze ideologiche, quali il neomarxismo, la componente weberiana, il realismo giuridico, la tradizione freudiana. Per una più ampia analisi v. *ivi* la corposa bibliografia collezionata dall'a.

struita e gestita secondo il suo valore d'uso, ma in base al valore di scambio su cui si basa il capitalismo. L'Autore riafferma, per contro, il valore sociale e non individuale della città e il diritto di utilizzare e di gestire lo spazio urbano come spazio comune. Negli scritti di Lefevre il diritto alla città è concepito come un diritto collettivo, basato sulla vita comune nello spazio urbano, sulla costruzione collettiva dello spazio e sulla complessità che da questo ne deriva<sup>7</sup>.

Negli ultimi anni, la teoria di Lefevre sul diritto alla città è stata ripresa e riletta in chiave attuale da parte della dottrina, che oggi utilizza il concetto di diritto alla città svincolandolo dalla critica al capitalismo giuridico, per descrivere principalmente la stretta relazione che s'istaura tra vita nello spazio urbano e idea di cittadinanza<sup>8</sup>. Più di recente, alcuni studiosi hanno sottolineato che la dimensione urbana del diritto richiede un ripensamento del rapporto tra spazio e diritto, inteso come relazione tra due dimensioni autonome del vivere sociale: occorre un superamento della relazione dicotomica tra spazio e diritto, ancora presente negli studi dello scorso secolo sul tema *Law and Geography*, a favore del riconoscimento di un valore costitutivo dello spazio rispetto al diritto e viceversa<sup>9</sup>. Si parla così di *nomosphericity*, per indicare una completa fusione tra spazio e diritto, che si determinano reciprocamente<sup>10</sup>.

Lo spazio urbano non è solo luogo del riconoscimento e della tutela dei diritti di tutti di coloro che lo abitano, ma fattore di formazione dello spazio politico, sociale e culturale rappresentato dalla città. Il di-

<sup>7</sup> Cfr. C. BELINGARDI, *Diritto alla città e beni comuni, Contesti*, in *Città, territori, progetti*, 2016, 66 ss.

<sup>8</sup> Cfr. K. A. ATTOH, *What Kind of Right Is the Right to the City?*, in *Progress in Human Geography*, 2011, 35(5), 669-685; T. BLOKLAND *et al.*, *Urban Citizenship and Right to the City: the Fragmentation of Claims*, in *International Journal of Urban and Regional Research*, 2015, 655-665; H. LANG, *Should There Be a "Right to the City"?*, in *Potentia*, 2015, 69-78; B. OOMEN, M.F. DAVIS, M. GRIGOLO (a cura di), *Global Urban Justice: The Rise of Human Rights Cities*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, *passim*.

<sup>9</sup> F. VON BENDA-BECKMANN, K. VON BENDA-BECKMANN, A. GRIFFITHS, *Space and Legal Pluralism: an Introduction*, in *Spatializing Law: An Anthropological Geography of Law in Society*, F. VON BENDA-BECKMANN *et al.* (a cura di), Ashgate, Burlington, 2009 e riferimenti *ivi*.

<sup>10</sup> D. DELANEY, *The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making. Nomospheric Investigations*, Routledge, New York, 2010, 8.

ritto alla città è un collettore di diritti umani diversi: include il diritto di partecipazione di ciascun residente ai processi decisionali che riguardano lo spazio urbano e il diritto di appropriazione e di uso dello spazio urbano, che dovrebbe essere progettato per facilitarne la fruizione e il godimento da parte di tutti gli abitanti della città<sup>11</sup>. I diritti dei cittadini sono esercitati nella vita quotidiana, nei luoghi cittadini, così che la geografia e l'architettura dei luoghi determinano le relazioni sociali e quindi l'inclusione o l'esclusione sociale degli abitanti.

La relazione di reciproca implicazione tra spazio urbano e diritti di cittadinanza è stata riconosciuta in diverse carte internazionali dei diritti; la tutela del diritto alla città, parimenti, costituisce un obiettivo importante delle politiche sociali sviluppate dall'Unione europea fin dal secolo scorso.

Nel 1992 il Consiglio d'Europa ha adottato la *Carta Urbana Europea* nella quale è riconosciuto l'impatto dell'architettura della città sul pieno godimento dei diritti fondamentali degli abitanti. Nella Carta si legge che lo sviluppo delle aree urbane deve tener conto non solo delle esigenze degli adulti in età lavorativa, ma anche dei cittadini più giovani, degli anziani, delle persone che si trovano in condizioni di disagio o di emarginazione. L'architettura urbana deve agevolare l'incontro tra le persone, la mutua solidarietà, il rispetto della privacy, la sicurezza degli abitanti, la salute dei cittadini. Lo spazio urbano deve essere progettato per assicurare l'inclusione, lo scambio culturale, la partecipazione dei cittadini alla vita della città.

Nel 2000 è stata adottata la *Carta Europea per la Salvaguardia dei Diritti Fondamentali nelle Città*. L'art. 1 della Carta stabilisce:

«La città è uno spazio collettivo che appartiene a tutti coloro che lo abitano, i quali hanno il diritto di trovarvi le condizioni per la loro realizzazione politica, sociale ed ecologica e, allo stesso tempo, si assumono dei doveri di solidarietà».

In modo simile, il forum mondiale UN-Habitat nel 2010 accoglie la seguente definizione di diritto alla città:

«[Esso] rappresenta il diritto collettivo delle generazioni presenti e future a città sostenibili, libere da discriminazioni basate sul sesso, razza, stato di salute, reddito, nazionalità, origine etnica, migrazione,

<sup>11</sup> Cfr. quanto affermato da L. MAZZA, *Cittadinanza e diritto alla città in Patrick Gaddes e Henri Lefevre*, in *Contesti. Città, territori, progetti*, 2016, 18 ss.

orientamento politico, violenza sessuale o religiosa, e che proteggono la loro identità e memoria culturale»<sup>12</sup>.

Nel 2008 il Consiglio d'Europa ha proposto un *Manifesto per la Nuova Urbanità*<sup>13</sup>, aggiornando ed emendando la ricerca sul rapporto tra spazio urbano e tutela dei diritti del cittadino che aveva avuto come esito la proclamazione della Carta Urbana Europea. Nel Manifesto si legge che la città è composta da cittadini oltre che da abitanti, pertanto essa deve essere luogo di democrazia, di sostenibilità, di solidarietà.

Nell'Unione europea la mutua influenza tra spazio urbano e diritti dei cittadini è evidenziata in diversi documenti della Commissione europea che, fin dal 2011, ha posto l'attenzione sulle città come laboratori di democrazie, dialogo culturale e diversità, dove «[...] le libertà di espressione, di pensiero, di coscienza e di religione e il diritto di manifestare la religione e il pensiero, nel luogo di lavoro, di insegnamento, di pratica del culto sono rispettati. [...] Dove esiste una buona amministrazione, basata sui principi di apertura, di partecipazione, di responsabilità, effettività, coerenza, sussidiarietà e i cittadini hanno l'opportunità di una partecipazione democratica e sociale e sono coinvolti nello sviluppo urbano insieme con gli altri stakeholder»<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. UN-HABITAT, *Right to the City: Bringing the Urban Divide*, Report of the Fifth Session of the World Urban Forum, 2010, Rio de Janeiro, 22-26 marzo 2010, consultabile al sito internet: <https://unhabitat.org/wp-content/uploads/2016/07/wuf-5.pdf>, 106, dove si riporta la lettera presentata dai rappresentanti dei movimenti sociali della città di Rio de Janeiro all'Advisory Board: «The Right to the City should constitute a collective right of the present and future generations to a sustainable city without discrimination based on gender, age race, health conditions, income, nationality, ethnicity, migratory status, political orientations, religious affiliation or sexual orientation, at the same time preserving cultural memory and identity».

<sup>13</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Manifesto for a New Urbanity. European Urban Charter II*, Strasbourg, 2009, consultabile al sito internet: <https://rm.coe.int/urban-charter-ii-manifesto-for-a-new-urbanity-publication-a5-58-pages-/168095e1d5>.

<sup>14</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Cities of Tomorrow, Challenges, Visions Way Forward, European Union*, 2011, 11: «European Cities of tomorrow are platforms for democracy, cultural dialogue and diversity: with rich cultural and linguistic diversity, and a social and intercultural dialogue; where the rights to freedom of expression, of thought, conscience and religion, and the right to manifest religion or belief, in worship, teaching, practice and observance are respected; with good governance based on the principles of openness, participation, accountability, effectiveness, coherence and subsidiarity, where citizens have opportunities for social and democratic participation

Nel 2016, con il patto di Amsterdam, è stata adottata l'*Agenda Urbana per l'Unione Europea*, con lo scopo di avviare un processo di partecipazione delle città alla definizione delle politiche europee<sup>15</sup>. Nel preambolo dell'Agenda si legge che le città possono costituire «[...] la locomotiva dell'economia che promuove la crescita, crea lavoro per i cittadini e incentiva la competitività dell'Unione europea nell'economia globale»<sup>16</sup>. L'Agenda intende attuare a livello europeo i principi già proclamati in materia dalle Nazioni Unite e individua a tal fine dodici temi prioritari, con lo scopo di garantire l'effettività del diritto alla città: la riduzione della povertà urbana; l'accesso alla casa; il miglioramento della salubrità dell'area cittadina; la maggiore inclusione dei migranti e dei rifugiati; l'incentivazione dell'economia circolare; l'uso sostenibile delle risorse rurali, la mobilità urbana; l'adattamento al clima; la costituzione di appalti pubblici innovativi e responsabili; la transizione energetica e la transizione digitale<sup>17</sup>.

Le fonti brevemente richiamate riconoscono che lo sviluppo di spazi urbani inclusivi rappresenta un elemento determinante per la costruzione della democrazia e la tutela dei diritti fondamentali, e proclamano lo spazio cittadino come luogo di affermazione della cittadinanza.

### 3. Accesso allo spazio urbano e tutela della proprietà privata

Il diritto alla città si realizza anche attraverso l'accesso allo spazio urbano da parte degli abitanti della città, necessario per una vera partecipazione democratica alla vita cittadina. Così, un'autorevole dottrina ha affermato che «non c'è nulla di più comune dello spazio nel quale l'andamento delle nostre vite si definisce»<sup>18</sup>. L'accesso e l'uso dello

and are involved in the urban development together with other stakeholders».

<sup>15</sup> Urban Agenda for the EU, Amsterdam, 2016, consultabile al sito internet: [https://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/policy/themes/urban-development/agenda/pact-of-amsterdam.pdf](https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/themes/urban-development/agenda/pact-of-amsterdam.pdf).

<sup>16</sup> *Ivi*, 3: «Urban Areas of all sizes can be engines of the economy which boost growth, create jobs for their citizens and enhance the competitiveness of Europe in a globalised economy».

<sup>17</sup> *Ivi*, 7.

<sup>18</sup> M. R. MARELLA, *Spazio urbano come bene comune*, in *Scienze del Territorio*,

spazio urbano devono essere regolati in modo da garantire l'effettività dei diritti fondamentali degli abitanti della città, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del bene. Secondo quest'orientamento, i luoghi d'incontro della città o importanti per lo svolgimento della vita politica, sociale o culturale della città non devono essere necessariamente pubblici, ma, in ragione della stretta relazione tra questi spazi urbani e l'effettivo godimento dei diritti di cittadinanza, essi devono essere fruibili dalla collettività, anche nel caso in cui il luogo sia di proprietà privata<sup>19</sup>.

La distinzione tra spazi urbani pubblici e privati, pertanto, dovrebbe essere riletta in funzione dell'uso che si fa del bene e degli scopi a cui il bene è destinato nell'ambito di una comunità: la città è un bene comune e l'uso e l'accesso collettivo ai luoghi cittadini devono essere oggetto di un ragionevole bilanciamento tra il diritto del proprietario del bene e la tutela del diritto alla città degli abitanti.

La tesi trova qualche eco anche in una parte della nostra giurisprudenza più recente, secondo la quale la necessità di rendere effettivo il principio di centralità della persona, riconosciuto dal sistema costituzionale, impone di rileggere le regole sui beni secondo una visione non più strettamente patrimoniale, ma personale-collettivistica<sup>20</sup>. Pre-scindendo dal titolo di proprietà, allora, un bene può essere definito comune se svolge una funzione collegata alla realizzazione d'interessi collettivi e l'accesso al bene da parte della collettività è funzionale alla piena integrazione degli abitanti nella vita della città.

Il problema dei limiti che possono essere imposti all'esercizio del potere di esclusiva del proprietario di uno spazio urbano, a tutela del diritto di accesso e uso del bene da parte della collettività, si è posto in

2012, 3, 80, citando M. HARDT-A. NEGRI, *Commonwealth*, Harvard University Press, Cambridge, 2009.

<sup>19</sup> S. GIANNINI, parlava di beni a fruizione collettiva, in *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma, 1963, 47; sul tema cfr. M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2012, 105; M.R. MARELLA, *Introduzione*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Ombre Corte, Verona, 2012, 11 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 1a ed. digitale, 2011, 53; S. ROTOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, 2a ed., Il Mulino, Bologna, 1990, 459 ss.; e già ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata.*, Il Mulino, Bologna, , 44 ss.

<sup>20</sup> Cass., S. U., 14 febbraio 2011, n. 3665, consultabile in *Dejure*; v. anche Cass., S. U., 16 febbraio 2011, n. 3811, consultabile in *Dejure*.

alcuni casi inglesi, dove le Corti sono state chiamate a valutare la legittimità del divieto di accesso a centri commerciali, imposto dal proprietario ad alcuni soggetti che intendevano svolgere attività disapprovate dal proprietario. Il caso *CIN Properties v. Rawlins*<sup>21</sup>, deciso dalla *Court of appeal* nel 1995, ad esempio, riguarda una controversia tra il proprietario di un centro commerciale e un gruppo di *teenagers* di origine africana, ai quali era stato inibito l'accesso al centro commerciale, nonostante non fossero colpevoli di alcun reato, perché autori di una serie di comportamenti scorretti che disturbavano la clientela. I *teenagers* invocavano dinanzi alla Corte la loro libertà di movimento e sostenevano che i centri commerciali, intesi come le nuove piazze, devono essere accessibili a tutti. Nel caso di specie, la Corte era chiamata a stabilire la presenza di una servitù pubblica di passaggio sul centro commerciale, che il proprietario non poteva eliminare o estinguere. Il permesso a costruire non prevedeva un accordo tra l'autorità locale e il proprietario del centro commerciale per la costituzione della servitù; il proprietario affermava che l'accesso al centro commerciale dipendeva dalla sua volontà di mettere a disposizione il bene ai terzi, che poteva essere oggetto di revoca. I convenuti, per contro, ritenevano che la stessa destinazione del bene e il libero accesso al pubblico che nel tempo era stato concesso dal proprietario provavano la volontà implicita di costituire una servitù pubblica di passaggio: il proprietario non poteva agire in contraddizione con l'affidamento ingenerato nei cittadini sull'esistenza di un diritto di servitù<sup>22</sup>. La Corte accoglieva le ragioni del proprietario. Secondo le regole dell'*Equity*, può essere impedito al proprietario di un bene, che ha concesso ai terzi un diritto di accesso al bene, di revocare il diritto. Ciò avviene quando il soggetto che ha utilizzato il bene o ha avuto accesso al bene ha agito in affidamento di una situazione di apparenza, ingenerata dal proprietario, cir-

<sup>21</sup> *CIN Properties v. Rawlins*, [1995] 2 EGLR 130. Nel caso concreto la *House of Lords* negava l'autorizzazione a presentare ricorso e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dichiarava il ricorso inammissibile; cfr. K. GRAY, S.F. GRAY, *Private Property and Public Property*, in J. MCLEAN (a cura di), *Property and the Constitution*, Hurt Publishing, Oxford, 1999, 24; N. ROBERTS, *Access to quasi-public space – Whose Visitor?*, in *Conveyancer*, 2007, 3, 234-258.

<sup>22</sup> Si riteneva che l'affidamento ingenerato nel pubblico circa il libero accesso al centro commerciale costituisca il fondamento di una *equitable licence*, cfr. *CIN Properties v. Rawlins*, cit., par.134.

ca l'esistenza di un diritto di accesso o uso del bene. Nel caso di specie, invece, l'affidamento dei *teenagers* non era rilevante giuridicamente. *Lord Balcombe* affermava:

«Non c'è stata un'apparenza ingenerata né dall'autorità locale né dal proprietario (CIN) che il pubblico avrebbe avuto una servitù di passaggio irrevocabile sul centro commerciale né c'è stata alcuna prova che qualcuno abbia mutato la sua posizione, facendo affidamento sull'esistenza di un diritto del genere. In effetti, è fortemente dubitabile che questo principio possa mai trovare applicazione, così da creare diritti a favore del pubblico indifferenziato, essendo difficile che atti o comportamenti omissivi, posti in essere da alcuni individui in affidamento su una situazione di apparenza, possano determinare il riconoscimento di diritti a favore del pubblico»<sup>23</sup>.

Una questione analoga è stata posta all'attenzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Appleby and others c. Regno Unito*, deciso nel 2003. La controversia riguarda il divieto d'accesso che il proprietario del centro commerciale aveva stabilito per un gruppo di cittadini, intenzionati ad effettuare una raccolta di firme a tutela del verde pubblico. Il diritto del proprietario di escludere i terzi dalla sua proprietà era stato riconosciuto dalle corti nazionali. I cittadini ricorrevano così alla Corte Europea, lamentando la violazione da parte del Regno Unito del diritto alla libera espressione (art. 10 CEDU) e del diritto di associarsi (art. 11 CEDU).

La Corte riteneva la Convenzione non violata e affermava:

«Benché sia vero che lo sviluppo democratico, sociale, economico e tecnologico abbia cambiato il modo di comportarsi delle persone e di rapportarsi tra loro, la Corte non ritiene che ciò comporti l'automatico riconoscimento di un diritto di accesso alle proprietà private, o anche, necessariamente a tutte le proprietà pubbliche»<sup>24</sup>.

<sup>23</sup>*Ivi*, par.134: «In my judgement, this principle has no application in the circumstances of the present case. There was no representation by either the council or CIN that the public would have irrevocable rights to use the pedestrian mall in the centre, nor was there any evidence that any member of the public had altered his or her position in reliance upon any such representation. Indeed, I have the gravest doubts whether this principle could ever apply so as to create rights in favour of the public at large, since it is difficult to see how the acts or omissions of those individuals who rely on a representation could create rights in favour of the public».

<sup>24</sup> *Case of Appleby and Others v. The United Kingdom*, 7-05-2003, n. 44306/98,

La Corte aggiungeva:

«Dove, tuttavia, l'esclusione dall'accesso realizza una totale privazione dell'effettività della libertà di espressione, così da poter dire che l'essenza stessa del diritto è stata negata, la Corte non esclude che possa sorgere un obbligo positivo degli Stati di tutelare il godimento dei diritti convenzionali, disciplinando di conseguenza il diritto di proprietà. La *corporate town*, dove tutta la città è controllata da un soggetto privato, potrebbe costituire un caso del genere»<sup>25</sup>.

Il bilanciamento tra proprietà e diritto alla città, nella sua declinazione di diritto di accesso allo spazio urbano, è ancora oggi oggetto di un dibattito acceso, in specie nella giurisprudenza dei Paesi di *common law*. Il diritto inglese mostra un approccio alla questione maggiormente incentrato sulle regole della proprietà, con l'esito di una prevalenza delle ragioni del proprietario sull'interesse dei terzi<sup>26</sup>; diversamente, in altre esperienze giuridiche, come quella degli Stati Uniti d'America, la principale chiave di lettura di casi simili è quella della tutela dei diritti costituzionali. Il libero accesso agli spazi urbani, importanti per lo svolgimento della vita cittadina, è stato considerato dalla Corte statunitense un presupposto essenziale per la tutela dei diritti della persona, quali ad esempio il diritto di libera manifestazione del pensiero o il diritto di associarsi, tutelati dal Primo Emendamento della Costituzione<sup>27</sup>. Nella giurisprudenza il bilanciamento tra i diritti tutelati dal Pri-

par. 47: «[...] While it is true that demographic, social, economic and technological developments are changing the ways in which people move around and come into contact with each other, the Court is not persuaded that this requires the automatic creation of rights of entry to private property, or even, necessarily, to all publicly owned property [...]».

<sup>25</sup> *Ivi*: «Where, however, the bar on access to property has the effect of preventing any effective exercise of freedom of expression or it can be said that the essence of the right has been destroyed, the Court would not exclude that a positive obligation could arise for the State to protect the enjoyment of the Convention rights by regulating property rights. A corporate town where the entire municipality is controlled by a private body might be an example». Un tema simile è stato posto all'attenzione della Corte anche nel caso *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*, 13 gennaio 2011, n. 16354/06.

<sup>26</sup> K. GRAY, S.F. GRAY, *Land Law*, 7a ed., OUP, Oxford, 2011, 537; K. GRAY, S. F. GRAY, *Private Property and Public Property*, in *Property and the Constitution*, *op. cit.*, 11 ss.

<sup>27</sup> *Constitution of The United States of America, First Amendment*: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exer-

mo Emendamento della Costituzione e il diritto di esclusiva del proprietario è stato realizzato attraverso l'applicazione della teoria c.d. del *public forum*. Secondo quest'orientamento, i limiti che lo Stato può porre al diritto di accesso dei cittadini ad un luogo di incontro e comunicazione variano a seconda che il luogo sia tradizionalmente aperto al pubblico oppure sia di proprietà di un'autorità pubblica ma non di pubblico accesso<sup>28</sup>. Nel primo caso, lo Stato può limitare solo in via eccezionale l'esercizio dei diritti tutelati dal Primo Emendamento, mentre nel secondo caso sussiste una maggiore discrezionalità dello Stato. Ciò nondimeno non è mai possibile escludere l'accesso al bene per vietare ai terzi di esprimere un'opinione non condivisa dal proprietario o con finalità di discriminazione.

La teoria del *public forum* è applicabile ai casi in cui i limiti all'esercizio delle libertà tutelate dal Primo Emendamento siano posti da un'autorità pubblica. Nel tempo, le Corti nazionali degli Stati Uniti, con alterne vicende, hanno esteso la teoria anche a beni di proprietà privata. Il potere del proprietario di impedire a terzi l'accesso al bene è stato limitato dallo Stato, quando il bene in questione era destinato ad un uso e a delle finalità d'interesse per la comunità, benché fosse di

cise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances».

<sup>28</sup> La teoria distingue tra *traditional public forum*, *limited public forum* e *non public forum*. Si tratta in quest'ultimo caso sempre di spazi che appartengono a soggetti pubblici ma normalmente non sono aperti al pubblico. Sul tema, il principale precedente è il caso *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, (1983) 460 U.S. 37; in materia cfr. S.M. CAHILL, *The Public Forum: Minimum Access, Equal Access, and the First Amendment*, in *Stanford Law Review.*, 1975, 28, 117 ss., che ricostruisce lo sviluppo della *Public Forum Theory* fin dal caso *Hague v. CIO*, (1939) 307 U.S. 496, nel quale il Giudice Robertt affermava: «Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions. Such use of the streets and public places has, from ancient times, been a part of the privileges, immunities, rights, and liberties of citizens. The privilege of a citizen of the United States to use the streets and parks for communication of views on national questions may be regulated in the interest of all; it is not absolute, but relative, and must be exercised in subordination to the general comfort and convenience, and in consonance with peace and good order; but it must not, in the guise of regulation, be abridged or denied».

proprietà di un privato cittadino<sup>29</sup>. Uno dei primi precedenti in materia è costituito dalla decisione della Corte Suprema nel caso *Marsh v. Alabama*<sup>30</sup>. In quell'occasione la Corte era chiamata a giudicare il rispetto del Primo Emendamento da parte dello Stato dell'Alabama, dove la signora Marsh era stata sanzionata penalmente per aver distribuito materiale informativo di natura religiosa lungo le vie di una *corporate town*, contrariamente alla volontà del proprietario. La Corte accoglieva le ragioni della signora Marsh e stabiliva:

«La proprietà non significa sempre dominio assoluto. Più un proprietario, per suoi interessi, rende possibile che la proprietà si utilizzi dal pubblico, più i poteri del proprietario sono limitati dalla legge e dai diritti costituzionali di coloro che usano il bene»<sup>31</sup>.

L'uso collettivo degli spazi urbani e i conseguenti limiti imposti al potere di esclusiva del proprietario dei beni costituiscono così il riflesso della tutela assicurata dallo Stato alle libertà garantite dal Primo Emendamento della Costituzione, e del bilanciamento tra il diritto di proprietà e altri diritti fondamentali della persona.

#### 4. La città digitale e la tutela del diritto di accesso: il caso *Packingham* deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti

Nella società contemporanea la vita cittadina ha acquistato anche una dimensione digitale: lo spazio urbano comprende i luoghi fisici, gli spazi sociali, quelli che si producono attraverso le relazioni, ma anche lo spazio astratto della rete<sup>32</sup>. Quest'ultimo interagisce con le altre due

<sup>29</sup> Cfr. D. M. SITHIGH, *Virtual Walls? The Law of Pseudo-public Spaces*, in *International Journal of Law in Context*, 2012, 394-412; sul tema in italiano cfr. A. QUARTA, *Property vs. freedom of speech: cronache americane di un cortocircuito metropolitano*, in *Politica del diritto*, 2015, 1, 157-176.

<sup>30</sup> *Marsh v. Alabama* (1946) 326 US 501.

<sup>31</sup> *Marsh v. Alabama*, cit., 506, Justice Black: «Ownership does not always mean absolute dominion. The more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it». In casi successivi la Corte chiariva che non è sufficiente che il proprietario renda il proprio bene accessibile al pubblico per essere sottoposto alla teoria del *public forum*, ma occorre che la destinazione del bene impressa dal proprietario abbia un interesse pubblico.

<sup>32</sup> J. SHAW, M. GRAHAM, *An Informational Right to the City? Code, Content, Con-*

componenti nella formazione della città, così che la fruizione dello spazio digitale e la tutela dei diritti dei soggetti nello spazio digitale sono strettamente correlate con l'effettività del diritto alla città degli abitanti del territorio urbano.

Il tema è stato posto all'attenzione della Corte Suprema degli Stati Uniti nella decisione *Packingham v. North Carolina* del 2017, in cui la Corte è stata chiamata a giudicare la compatibilità di una legge dello Stato della Carolina del Nord con il Primo Emendamento della Costituzione americana.

La legge statale inibiva ai soggetti condannati per reati sessuali l'accesso a tutti i social media che consentono a minorenni di avere delle loro pagine web o profili personali o comunque permettono una navigazione. In base alla legge il signor Lester Packingham era stato annotato nei registri statali come *sexual offender*, in seguito alla condanna per abuso sessuale. L'iscrizione aveva una validità di trent'anni.

Dieci anni più tardi il signor Packingham agiva in giudizio dinanzi ad una corte statale, per ottenere l'annullamento di una sanzione amministrativa, e la sua domanda riceveva accoglimento. Il signor Packingham, allora, utilizzando un nickname, pubblicava la notizia su Facebook, ringraziando il cielo per la decisione della Corte a lui favorevole. Il messaggio era letto dalla polizia dipartimentale che scopriva la vera identità dell'autore. Packingham era condannato dalla Corte statale di primo grado per il reato di violazione dell'interdizione di accesso ai social media. La sentenza era impugnata dinanzi alla Corte d'appello della Carolina del Nord, sostenendo che la legge dello Stato violava il diritto costituzionale di libera manifestazione del pensiero, tutelato dal Primo Emendamento della Costituzione.

La Corte d'appello riformava la sentenza, individuando una violazione del Primo Emendamento da parte della legge della Carolina del Nord: la norma penale, infatti, non era formulata in modo da perseguire specificamente l'interesse statale alla protezione dei minori, ma aveva portata generale e vietava una «[...] una vasta tipologia di comunicazioni non strettamente connesse agli scopi perseguiti»<sup>33</sup>.

La causa giungeva dinanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti, che

*trol and the Urbanization of Information*, in *Antipode*, 2017, 49 (4), 907-927.

<sup>33</sup>*Packingham v. North Carolina*, cit., 4: «[...] the law 'arbitrarily burdens all registered sex offenders by preventing a wide range of communication and expressive activity unrelated to achieving its purported goal'».

decideva a favore del ricorrente, stabilendo che la limitazione del diritto di accesso ad internet, prevista dalla legge della Carolina del Nord, non trovava giustificazione in un significativo interesse pubblico e violava la libertà di espressione del signor Packingham.

Il caso *Packingham v. North Carolina* costituisce una delle prime decisioni in cui la Corte Suprema analizza il rapporto tra internet e libertà di espressione e, in particolare, il diritto di accesso dei cittadini ai social media. Il Giudice Kennedy, nella motivazione della sentenza, evidenzia la necessità di una particolare cautela delle corti nell'affrontare temi inerenti l'applicazione ai social media delle garanzie costituzionali che rientrano nel Primo Emendamento: «[...] Le forze e le direzioni di Internet sono così nuove, così multiformi e di vasta portata che le corti devono essere consapevoli che ciò che stabiliscono oggi potrebbe essere obsoleto domani». Ciò nondimeno, il Giudice riconosce l'importanza di internet e dei social media per l'informazione dei cittadini e per la comunicazione, rilevando che ad oggi essi costituiscono le “nuove piazze”:

«Questi siti web probabilmente mettono a disposizione del cittadino i mezzi più potenti al mondo per far sentire la propria voce. Essi consentono a chiunque abbia una connessione internet di diventare un banditore, con una voce che risuona più lontano di quanto si potrebbe fare urlando da un pulpito»<sup>34</sup>.

Nel caso concreto, la Corte equipara lo spazio digitale al foro pubblico e risolve la controversia applicando al cyberspazio le regole giurisprudenziali sulla tutela del diritto di accesso allo spazio pubblico.

Il Primo Emendamento tutela il diritto di esprimersi in tutti gli spazi di comunicazione. Mentre nel passato era difficile identificare i luoghi che, per la loro naturale destinazione alla comunicazione, dovevano essere accessibili a chiunque volesse esprimere i suoi pensieri, oggi si può affermare con chiarezza che questo luogo è il cyberspazio – “[...] i vasti forum democratici di internet” – e, in particolare, i social media.

Nella motivazione della decisione si richiama il precedente *Board of Airport Comm'rs of Los Angeles v. Jews for Jesus* del 1987. In

<sup>34</sup> *Packingham v. North Carolina*, cit., Justice Kennedy, 8: «These websites can provide perhaps the most powerful mechanisms available to a private citizen to make his or her voice heard. They allow a person with an Internet connection to become a town crier with a voice that resonates farther than it could from any soapbox».

quell'occasione un'associazione religiosa aveva distribuito materiale informativo ai visitatori dell'aeroporto di Los Angeles, contravvenendo al regolamento dell'aeroporto che proibiva a chiunque di svolgere simili attività nel terminal centrale. La Corte affermava che le autorità aeroportuali avevano limitato illegittimamente il diritto di manifestazione del pensiero dei cittadini: il regolamento proibiva qualsiasi attività di manifestazione del pensiero e non solo quelle attività che potevano determinare una difficoltà di gestione o un malfunzionamento dei servizi agli utenti. La violazione dipendeva pertanto dalla portata generale del divieto stabilito dal regolamento, piuttosto che dalla natura di bene pubblico del terminal dell'aeroporto. Così la Corte stabiliva che la violazione del Primo Emendamento della Costituzione si sarebbe verificata anche se l'aeroporto fosse stato un foro non aperto al pubblico, perché non è astrattamente concepibile un interesse statale che legittimi una proibizione assoluta di manifestare il pensiero<sup>35</sup>. Anche nei luoghi di proprietà di pubbliche autorità ma non accessibili al pubblico indifferenziato la limitazione del diritto di manifestare il proprio pensiero deve basarsi su un criterio di ragionevolezza e non sulla mera non condivisione delle opinioni di chi parla.

Nel caso *Packingham* la Corte Suprema concludeva:

«Se una legge che proibisce 'qualsiasi manifestazione del pensiero' in un aeroporto viola la Costituzione, allora a fortiori lo Stato non può completamente vietare l'esercizio dei diritti connessi al Primo Emendamento sui siti web, che rappresentano la fabbrica della nostra società moderna e della nostra cultura»<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles et al. v. Jews for Jesus, Inc., et al.*, (1987) 482 U.S. 569: «We have further held, however, that access to a non-public forum may be restricted by government regulation as long as the regulation [...] is reasonable and not an effort to suppress expression merely because officials oppose the speaker's view». Per una comparazione tra la dottrina statunitense sulla libertà di espressione in internet e il diverso approccio europeo, con special riguardo al tema del *hate speech*, cfr. in italiano O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di internet*, in *Rivista di Diritto dei Media*, 2018, 1, 1-34 e riferimenti *ivi*.

<sup>36</sup> *Ivi*, 9-10: «If a law prohibiting 'all protected expression' at a single airport is not constitutional, [...] it follows with even greater force that the State may not enact this complete bar to the exercise of First Amendment rights on websites integral to the fabric of our modern society and culture».

### 5. Spazi digitali e dimensione pubblica della proprietà privata

La sentenza *Packingham v. North Carolina* è stata salutata dalla dottrina come un primo espresso riconoscimento, da parte della Corte Suprema, della piazza virtuale di internet<sup>37</sup>; nello stesso tempo, il caso ha aperto un ampio dibattito sull'applicabilità allo spazio digitale della teoria del *public forum*<sup>38</sup>. Quest'ultima è stata elaborata per disciplinare il potere dello Stato di limitare l'accesso agli spazi pubblici e d'interesse pubblico, in conformità al rispetto dei diritti tutelati dal Primo Emendamento della Costituzione. Lo spazio digitale, invece, è nella gran parte dei casi di proprietà di privati. Si pone così il problema di stabilire se i proprietari di social network e siti web siano soggetti al Primo Emendamento e se lo Stato possa limitare il loro potere di esclusiva, al fine di garantire le libertà di manifestazione del pensiero e di associazione degli utenti della rete.

L'assimilazione dei social media alle pubbliche piazze fa propendere per un'applicazione della teoria del *public forum* anche a questi spazi digitali di proprietà privata; è difficile pensare tuttavia ad un'estensione della teoria *tout court* alla vasta rete di internet. Nella decisione *Packingham v. North Carolina* il Giudice Alito evidenziava che non basta definire il cyberspazio e, in particolare, i social media come «[...] i luoghi più importanti (in senso spaziale) per la comunicazione»<sup>39</sup>, ma occorre indagare le conseguenze che una simile affermazione ha sulla tutela della libera manifestazione del pensiero. Il Giudice commentava:

«La Corte dovrebbe essere più attenta alle implicazioni della sua retorica perché, contrariamente a quanto sembra suggerire la Corte, ci sono delle importanti differenze tra il cyberspazio e il mondo fisico. [...] Il cyberspazio è diverso dal mondo reale e se, come pensa anche la Corte, è vero che non 'possiamo ancora apprezzare' le 'complete di-

<sup>37</sup> Cfr. E. BERRY, *Suppression of Free Tweets: How Packingham Impacts the New Era of Government Social Media and the First Amendment*, in *ConLawNOW*, 2017-2018, 9, 310.

<sup>38</sup> Cfr. T. LANE, *The Public Forum Doctrine in the Modern Public Square*, in *Ohio N.U. L. Rev.*, 2019, 45, 465 ss.

<sup>39</sup> *Packingham v. North Carolina*, cit., Justice Alito, 10: «Court states that 'cyberspace' and 'social media in particular' are now 'the most important places (in a spatial sense) for the exchange of the views».

mensioni e il vasto potenziale' dell'era digitale', dovremmo procedere con prudenza, un passo alla volta»<sup>40</sup>.

L'applicabilità della teoria del *public forum* allo spazio digitale non è ancora chiaramente stabilita dalla giurisprudenza delle Corti statunitensi<sup>41</sup>. In un recente caso, deciso dalla Corte distrettuale della Columbia<sup>42</sup>, si è posto il problema di stabilire se e con quali limiti un internet service provider possa inibire l'accesso ad un sito e quindi la libera manifestazione del pensiero in uno spazio digitale di proprietà privata<sup>43</sup>. La Corte ha affermato, *obiter dictum*, che le clausole contrattuali predisposte dal service provider per regolare il diritto di accesso al social media o al sito web non sono sufficienti a sottrarre lo spazio digitale all'applicazione della teoria del *public forum*; «[...] diversamente solo delle limitazioni dell'accesso basate su codici, tali da realizzare uno spazio privato virtuale, all'interno del sito web o del servizio on line, che richieda un'autenticazione per l'accesso', rimuovono queste porzioni dello spazio digitale dal foro pubblico [di internet]»<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> *Ivi*: «The Court should be more attentive to the implications of its rhetoric for, contrary to the Court's suggestion, there are important differences between cyberspace and the physical world. [...] Cyberspace is different from the physical world, and if it is true, as the Court believes, that 'we cannot appreciate yet' the 'full dimensions e vast potential' of 'the CyperAge, we should proceed circumspectly, taking one step at time».

<sup>41</sup> S.M. CAHILL, *The Public Forum: Minimum Access, Equal Access, and the First Amendment*, op. cit., 483.

<sup>42</sup> *Sandvig v. Sessions*, (D.D.C. 2018) 315 F. Supp. 3d 1, par. 12. dove la Corte pone in evidenza la questione: «At the outset, it is necessary to answer a question that affects both the standing and the merits inquiries in this case: what is the First Amendment status of the Internet? And, more particularly, what powers does the government possess to regulate activity on individual websites?».

<sup>43</sup> Nel caso concreto gli attori avevano violato le regole di accesso ad alcuni siti web per ottenere informazioni sulla profilazione dei consumatori e valutare se gli algoritmi utilizzati dai siti erano discriminatori sulla base dell'etnia del consumatore, della razza o della condizione economica; ciò con lo scopo di svolgere una ricerca scientifica e pubblicare i risultati dell'indagine. Il comportamento costituiva un reato ai sensi della *Computer Fraud and Abuse Act*, che proibisce l'accesso ai siti per ottenere o modificare informazioni in assenza di un'autorizzazione dell'internet service provider.

<sup>44</sup> *Sandvig v. Sessions*, cit., par. 13: «Rather, only code-based restrictions, which 'carve[ ] out a virtual private space within the website or service that requires proper authentication to gain access', remove those protected portions of a site from the public forum».

La decisione sembra avallare un orientamento volto a limitare il potere del privato di escludere i terzi dallo spazio digitale, a tutela dei diritti fondamentali, quando il privato ha reso accessibile al pubblico la sua proprietà. Seguendo questa impostazione, parte della dottrina ritiene che il diritto dei cittadini alla manifestazione del pensiero negli spazi digitali di internet possa essere la base giuridica di un “free speech easement”, una vera e propria ‘servitù di parola’ sugli spazi digitali che il proprietario ha messo a disposizione della collettività, con carattere di continuità<sup>45</sup>. Il Primo Emendamento, in questa prospettiva, costituirebbe il fondamento di un diritto di uso dello spazio digitale, al di là della natura pubblica o privata del bene.

Il dibattito è presente anche nel nostro ordinamento, dove la dottrina da tempo sostiene che l’accesso ad internet non è presupposto solo della libertà di manifestazione del pensiero, ma è necessario per esprimere la libertà informatica, intesa come libertà di comunicare, di mettersi in relazione con gli altri, di disporre di un potere di conoscenza, di partecipare alla società tecnologica e contribuire al suo sviluppo<sup>46</sup>.

La fruizione dello spazio digitale costituisce una delle principali modalità attraverso le quali i soggetti esercitano i propri diritti di cittadinanza e partecipano alla vita politica, economica, sociale. Il diritto alla città implica allora anche un libero accesso allo spazio digitale che rappresenta una dimensione importante dello spazio urbano.

L’orientamento non sembra trovare ancora accoglimento nella giu-

<sup>45</sup> R.J. KROTOSZYNSKI, Jr, *The First Amendment as a Source of Positive Rights: The Warren Court and First Amendment Easements to Private Property*, in ID., *The Disappearing of the First Emendament*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, cap. III, 47 ss.

<sup>46</sup> V. in italiano le riflessioni di T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Munus. Rivista giuridica dei servizi pubblici*, 2011, 1, 1-17, che sottolinea come nella società tecnologica la libertà informatica acquisisce nuovi significati. Essa non è più intesa solo come libertà *da*, ma anche come libertà *di*, ossia libertà di valersi di strumenti informatici per acquisire e ricevere informazioni. L’a. parla di un diritto costituzionale di accesso ad internet, riconosciuto dalla giurisprudenza degli Usa sulla base dell’interpretazione del Primo Emendamento della Costituzione e dalla giurisprudenza francese sulla base dell’interpretazione dell’art. 11 della Dichiarazione del 1789; V. ZENO-ZENCOVICH, *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso «Internet»*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1996, 4-5, 640-643. In punto v. le riflessioni di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 378 ss.

risprudenza, anche se, in diverse decisioni la Cassazione paragona i social media e delle agorà virtuali<sup>47</sup>.

La questione, osservata dal punto di vista del diritto privato, rende evidente il rapporto di reciproca influenza tra la nozione di proprietà (e quindi anche di esclusività del potere del proprietario) e la tutela della persona, e richiama l'attenzione su una possibile rilettura della nozione di privatezza della proprietà, in funzione del rispetto dei valori della persona<sup>48</sup>.

I diritti fondamentali esercitano una forza attrattiva sul sistema proprietario, incidendo sul contenuto stesso del diritto di proprietà, così come inteso sulla base del diritto nazionale. Ciò realizza una sorta di contaminazione della proprietà privata da parte della dimensione pubblica, fino alla produzione di 'nuovi' diritti reali, fondati sui diritti della persona. La distinzione tra proprietà pubblica e privata, di conseguenza, sembra assottigliarsi: un bene non ha natura pubblica o privata, ma presenta allo stesso tempo una dimensione pubblica e una privata, che prevalgono alternativamente e con gradazioni diverse, in ragione dell'uso che si fa del bene<sup>49</sup>.

Il rapporto tra soggetto e bene sembra a sua volta capovolto rispetto alla nozione tradizionale di diritto reale: la privatezza della proprietà dipende non tanto dalla titolarità del bene, ma dalla oggettiva fun-

<sup>47</sup> Cass. Pen., sez. I, 11 luglio 2014, n. 37596, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 5, 4101-4111, con nota di L. DIOTALLEVI, *Reato di molestia e Facebook tra divieto di analogia in materia penale, (presunta) interpretazione "evolutiva" dell'art. 17 Cost. e configurabilità di un diritto di accesso ad Internet*, dove la Corte ritiene l'art. 660 cod. pen. applicabile anche alle molestie realizzate tramite post sulla pagina Facebook di una persona, ritenendo che Facebook sia un luogo aperto al pubblico. V. anche Cass. Pen., sez. V, 19 febbraio 2018, n.16751, consultabile in *Dejure*, secondo la quale i social media sono delle piazze virtuali e «[...] sono certamente espressione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21 Cost., comma 1), ma non possono godere delle garanzie costituzionali in tema di sequestro della stampa»; nello stesso senso già in precedenza Cass. Pen., S.U., 29 gennaio 2015, n. 31022, consultabile in *Dejure*.

<sup>48</sup> Cfr. L. MOCCIA, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in ID., *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Cedam, Padova, 2016, 143 ss., spec. 163 ss.

<sup>49</sup> Cfr. in punto K. GRAY, S.F. GRAY, *Private Property and Public Property*, op. cit., 18, che parlano di una «quasi-public dimension of property»; v. in precedenza S.L. BENN, G.F. GAUS (a cura di), *Public and Private in Social Life*, Croom Helm, London, 1983, 23 ss.; G. SAMUEL, *The Many Dimension of Property*, in *Property and the Constitution*, op. cit., 40 ss.

zione svolta dal bene nel contesto della comunità; la dimensione spaziale del bene determina gli usi collettivi del bene e costituisce un fattore di formazione del contenuto del diritto del proprietario.



## Dimensioni temporali e spaziali della giuridicità

Lorenzo Scillitani \*

SOMMARIO: Avvio – 1. Dimensioni temporali della giuridicità – 2. Dimensioni spaziali della giuridicità.

### Avvio

Il rapporto fra diritto e tempo<sup>1</sup> presenta caratteristiche peculiari: se, come in tutte le forme dell'esperienza umana, lo scorrere del tempo inchioda il diritto a un destino di consunzione – segnalato paradigmaticamente dalle figure della prescrizione, o della decadenza –, è pur vero che esiste un tempo *del* diritto che risulta da sospensioni, interruzioni, proroghe, rinvii tali da registrare una talora sensibile modifica, se non una alterazione delle condizioni della temporalità ordinaria. Altrettanto dicasi con riguardo allo spazio, le cui connotazioni fisico-naturali registrano, per via dell'incidenza del diritto, una trasformazione della fisionomia stessa delle coordinate della spazialità ordinaria. La tesi di questo breve contributo, che passerà attraverso la rilettura di autori della filosofia del diritto, e di classici del pensiero filosofico, è che i rapporti tra spazio-tempo e diritto non siano formalmente estrinseci, leggibili sotto schemi di convenzionalità arbitraria, ma siano viceversa suscettibili di mostrare come appartengano al tempo e allo spazio elementi non riducibili a sequenze puntistiche e lineari, ma che proiettano una rappresentazione della realtà densa di *dimensioni di*

\* *Professore Ordinario di Filosofia del diritto nel Dipartimento di Scienze Umanistiche, Sociali e della Formazione, Università degli Studi del Molise.*

<sup>1</sup> In passato lo scrivente ha provato a misurarsi col tema dei rapporti fra diritto e tempo nella prospettiva di una metafisica (giuridica e politica) della speranza. Cfr. L. SCILLITANI, *Fattori metafisici del diritto e della politica: la speranza*, in *Per una antropologia filosofica del diritto*, ESI, Napoli, 2006, 199-218. Più in generale, la letteratura in argomento evidenzia in prima battuta i seguenti titoli: in un'ottica storico-giuridica, M. BRETONNE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Laterza, Roma-Bari, 1994; in un'ottica filosofico-giuridica, G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1998.

giuridicità<sup>2</sup> che il diritto formalmente definibile come tale ritrae, elaborandole in schemi categoriali.

Quanto al tempo<sup>3</sup>, per motivi di economia redazionale non farà parte di questo primo approccio ermeneutico una particolare declinazione della fenomenologia dell'*attesa*, che peraltro potrebbe mostrare tutta la centralità esistenziale della temporalità umana: centralità già da sempre anche intrinsecamente giuridica, prima ancora che regolarizzabile e istituzionalizzabile in termini giuridico-formali.

Quanto allo spazio, per analoghi motivi ci si limiterà solo a brevi cenni di geopolitica filosofica dei diritti, che può ricentrare la lettura

<sup>2</sup> Nella riflessione filosofico-giuridica di Sergio Cotta la nozione di giuridicità copre un ambito fenomenologico-esperienziale molto più ampio e articolato di quello riconducibile al diritto inteso in senso strettamente formalistico-normativo. Mai come nel caso della trattazione del plesso tematico diritto/tempo (cfr. in proposito S. COTTA, *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1981, 1, 119-128) questa dilatazione delle valenze semantiche del fenomeno giuridico nel suo complesso si rende evidente.

<sup>3</sup> Per un'ambientazione panoramica del tempo tematizzato filosoficamente cfr. N. ABBAGNANO, *Tempo*, in *Dizionario di filosofia*, di N. ABBAGNANO, Utet, Torino, 2001, 1075-1081; U. PERONE, *Tempo*, in *Enciclopedia filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, 11, 11358-11368; Y. F. ASKIN, *Le concept philosophique de temps*, in H. AGUESSY *et al.*, 1978, UNESCO/Payot, 127-138; *Le temps dans l'antiquité*, in «Revue philosophique», 2002, 2; E. CAVAGNARO, *Aristotele e il tempo*, Il Mulino, Bologna, 2002; M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen, Niemeyer, 2001, 421; tr. it. *Essere e tempo*, Mondadori, Milano, 2006, (1181); ID., *Tempo ed essere*, Guida, Napoli, 1980; ID., *Il concetto di tempo*, Adelphi, Milano, 1998; ID., *Il concetto di tempo nella scienza della storia*, Mucchi, Modena, 2000; C. BONALDI, E. S. STORACE (a cura di), *Dialogo su Essere e tempo*, Albo Versorio, Milano, 2003; R. DREON, *Esperienza e tempo. La condizione temporale tra ermeneutica e ontologia nel pensiero di Martin Heidegger*, Franco Angeli, Milano, 2003; H. G. GADAMER, *L'enigma del tempo*, Zanichelli, Bologna, 1996; *Filosofia del Tempo*, L. RUGGIU (a cura di), Mondadori, Milano, 1998; F. JULLIEN, *Il tempo. Elementi di una filosofia del vivere*, Luca Sossella, Roma, 2002; Cahiers du Centre d'Études phénoménologiques, *Sur la temporalité, l'intentionnalité, l'imaginaire*, Louvain-la-Neuve, 1982; M. PERISSINOTTO, L. RUGGENINI (a cura di), *Tempo e interpretazione. Esperienze di verità nel tempo dell'interpretazione*, Guerini e Associati, Milano, 2002; P. NERHOT, *Libertà immanente e determinismo del tempo*, Mimesis, Milano, 2017. Per un approfondimento in direzione di una psicologia del tempo di rilevanza filosofica cfr. in particolare E. MINKOWSKI, *Il tempo vissuto. Fenomenologia e psicopatologia*, Corriere della Sera, Milano, 2011; in direzione psicoanalitico-junghiana cfr. M.-L. VON FRANZ, *L'esperienza del tempo*, TEA, Milano, 1995.

geopolitica dei fenomeni sociali nella prospettiva indicata dal tempo dei diritti individuali<sup>4</sup>.

### 1. Dimensioni temporali della giuridicità

Esiste un tempo giuridico? Se esiste, questo dato va inteso soltanto convenzionalmente, oppure in via essenziale? Queste domande sottendono una lettura filosoficamente impegnata dei fenomeni giuridici. Tra gli autori che vi si sono cimentati si distingue Luigi Bagolini, che si è soffermato in particolare sull'elemento temporale della durata. Basti pensare a istituti giuridici come il matrimonio per avere un'idea sia pure approssimativa dell'importanza, per il diritto, della continuità temporale di un impegno assunto dalle parti di un rapporto non a termine ma destinato, secondo il diritto civile, a perdurare; secondo il diritto canonico, assolutamente per sempre. Che una decisione della volontà umana possa, sotto vincolo di *giuramento*, sostenere liberamente il peso di una durata assunta come indefinita è qualcosa che non rientra nella finitezza che delimita fatalmente la diacronicità del tempo. Si dà evidentemente qualcosa che, se *rompe* o addirittura pretende di *fermare* il tempo, esprime una capacità di interpretarlo secondo caratteristiche non riducibili a una mera sequenza di frazioni istantanee. Come se la temporaneità, di un attimo o di un'intenzione, non fosse assimilabile a tutto ciò che si potrebbe predicare della temporalità. L'irruzione di un elemento meta-cronico (ipotizzabile come sovratemporale?, come eterno<sup>5</sup>?), che provoca un'interruzione (solo fittizia?) del flusso temporale degli eventi, impedisce al temporale di risolversi interamente in temporaneo. Del resto, quando l'astrofisica parla di un orizzonte degli eventi, fa capire che la stessa successione di passato, presente e futuro

<sup>4</sup> Per un primo inquadramento fenomenologico delle connessioni tematiche fra tempo e spazio si fa rinvio ad A. VEDALDI, *Dire il tempo*, Taylor, Torino, 1960; *Esistenza. I vissuti: "tempo" e "spazio"*, A. DENTONE (a cura di), Bastogi, Foggia, 1996.

<sup>5</sup> Si tenga presente, oltre a R. AMERIO e G. FERRETTI, *Eternità*, in *Enciclopedia filosofica*, op.cit., 4, 3766-3776; PLOTINO, *L'eternità e il tempo*, EGEA, Milano, 1991; JAN PATOČKA, *Eternité et historicité*, Lagrasse, Verdier, 2011; M. SCHELER, *L'eterno nell'uomo*, Bompiani, Milano, 2009; E. STEIN, *Essere finito ed essere eterno*, Città Nuova, Roma, 1988.

è relativa a una percezione del tempo, e quindi è essa stessa interpretabile come virtuale.

In generale, la “cronicità” (causale o probabilistica) del tempo risulterebbe metaforicamente riqualficata, per Bagolini, nel tempo giuridico, in una prospettiva che lo accosta al tempo vissuto coscienzialmente, psicologicamente, soggettivamente<sup>6</sup>. L’obbligatorietà di una condotta postula che un soggetto si sia obbligato nel tempo, ma soprattutto *per* un certo tempo: a rispettare le condizioni di un contratto, ad astenersi dal compiere determinati atti, a svolgere un’attività lavorativa in un determinato arco temporale, a presentare una domanda entro un termine prestabilito, etc. L’obbligo giuridico, con le aspettative che esso implica, si spiega solo con una “cronicizzazione” di tempistiche relazionali e prestazionali legate a ritmi, intervalli, scadenze che non sono dettati da un decorso cronologico rigorosamente determinabile in base a leggi naturali. Il “prima”, il “durante” e il “dopo” di un evento identificabile sulla base della causalità naturale non sono gli stessi di un evento valutabile in termini di probabilità – una condotta obbligatoria dandosi per sua natura come volontaria, e non come necessitata – né a maggior ragione sono gli stessi di un atto del quale vada indagata e giudicata la responsabilità<sup>7</sup>.

Se il tempo giuridicamente rilevante, e influente, corrispondesse semplicemente alla scansione misurabile e numerabile dello *Jetzt-Zeit* heideggeriano<sup>8</sup>, la ricostruzione di nessi di imputazione in capo a un soggetto capace di volere e di agire sarebbe impossibile. L’assunzione dell’onere di rispondere di un atto compiuto in passato, così come l’obbligo di mantenere una promessa, presuppongono la continuità di un soggetto presente (a sé stesso) la cui consistenza coincide col suo essere-e-divenire-nel-tempo, determinato da fattori di contestualizza-

<sup>6</sup> Cfr. L. BAGOLINI, *Tempo e durata nella cultura e nell’esperienza giuridica*, in *Poesia e giustizia. Diritto e tempo*, Giuffrè, Milano, 1998, 116-117.

<sup>7</sup> Si capisce perché Bagolini osservi che giuridicamente la funzione positiva del tempo oggettivato «consiste appunto nei procedimenti di registrazione cronica degli eventi giuridicamente significativi. D’altro lato, il tempo obiettivato rivela i suoi limiti non appena ci poniamo il problema della sua consistenza esplicativa rispetto ad alcune nozioni “chiave” e a situazioni a cui i giuristi normalmente e per lo più si riferiscono» (*ivi*, 128).

<sup>8</sup> Si tratterebbe, per Heidegger, del tempo universale (*Weltzeit*) come tempo-degli-“ora” (cfr. M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, tr. it. *op. cit.*, 1181).

zione storico-anagrafica e insieme capace di temporalizzarsi. Ecco perché, secondo Bagolini, «la giustificazione di un obbligo giuridico fuoriesce dall'ambito di una temporalità esprimibile in termini di successione obiettivata e irreversibile di passato, presente e futuro»<sup>9</sup>. Infatti, la nozione di tempo oggettivato, «come successione di passato, presente e futuro, resta valida nell'ambito dei procedimenti giuridici di registrazione cronica, ma non serve a giustificare l'uso di nozioni come “dover essere” normativo, obbligo (ed altre modalità giuridiche) ed inoltre responsabilità, reversibilità di interpretazione e decisione, ecc.»<sup>10</sup>. Il tempo giuridico sarebbe quindi leggibile nell'ottica del *tempo coscienziale* formulata da Merleau-Ponty<sup>11</sup>, nel senso, illustrato dall'analisi di Bagolini, che «la temporalizzazione dipende da una esplicazione della coscienza la quale [...] rimanda ad un “implicito” che in sé e per sé scientificamente non so che cosa sia, poiché tutto ciò che scientificamente io sappia è esplicazione di tale “implicito”»<sup>12</sup>: soltanto nell'esplicazione della coscienza, difatti, posso avere il *sensu* del passato, come del presente e del futuro in quanto dimensioni coscienziali e “intenzionali” non suscettibili di oggettivazione<sup>13</sup>.

La coscienza delle *dimensioni temporali* è dunque tema di un *Vorverständnis*, di una pre-comprensione rispetto a qualunque sorta di comprensione scientifica<sup>14</sup>, per cui, se «[...] la temporalità è pensabile come tale che si costituisca e si “dispieghi” attraverso l'esplicarsi della coscienza [...], diventa plausibile parlare di obbligo giuridico sulla base di una *presupposta* connessione – intesa come unità-distinzione – delle dimensioni temporali (passato, presente e futuro) in cui ciascuna sia suscettibile di prevalere su ciascun'altra senza annullare le altre, né ponendosi rispetto alle altre come assoluta (o come centrale<sup>15</sup> una volta per sempre)»<sup>16</sup>.

Si ha pertanto che un individuo possa ritenersi *obbligato* dalla sua

<sup>9</sup> L. BAGOLINI, *Tempo e durata*, op.cit., 135.

<sup>10</sup> *Ivi*, 136.

<sup>11</sup> Cfr. *ivi*, 137.

<sup>12</sup> *Ivi*, 139.

<sup>13</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>14</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>15</sup> Leggasi la critica della centralizzazione del presente in Merleau-Ponty, e dell'assolutizzazione del presente in Gerhart Husserl (cfr. *ibidem*).

<sup>16</sup> *Ivi*, 140-141.

volontà passata «in quanto fenomenologicamente e coscienzialmente il suo passato può prevalere sul suo presente»<sup>17</sup>: e non in via puramente simbolica, ma *reale*, con effetti reali, riscontrabili con indicatori giuridici come ad esempio quelli relativi all'obbligo di mantener fede ai patti, dove si evidenzia che «in definitiva il costituirsi del “dover essere” normativo si distingue appunto dalla successione cronica causale e probabilistica degli eventi umani e naturali mediante la prevalenza, a livello coscienziale, di una dimensione temporale sulle altre»<sup>18</sup>. Tale possibilità di prevalenza del passato, restituita dalla coscienza, renderebbe per Bagolini comprensibile l'obbligatorietà della promessa<sup>19</sup>. Se non fosse per il suo carattere di unilateralità, la promessa potrebbe rientrare a pieno titolo nel discorso giuridico; si è avuto modo di dimostrare, in altra sede, che a caratterizzare in senso pienamente giuridico l'atto di promettere è il giuramento, nella misura in cui, come giuramento promissorio, attesta la veracità del proposito o la sincerità del promittente di fronte a un terzo<sup>20</sup>.

Tempo concreto dell'esperienza giuridica è allora il tempo giuridico coscienziale che, pur distinto dal tempo oggettivo e spazializzato, realizza una sintesi del soggettivo e dell'oggettivo<sup>21</sup>. Ma *tempo oggettivato*, *tempo coscienziale* e *durata* articolano l'insieme di ciò che può riferirsi alla contestualità temporale del giuridico. In particolare la durata, che corrisponde a un'esigenza esistenzialmente fondamentale<sup>22</sup>, riflette la dimensione *metatemporale*, ovvero eterna<sup>23</sup>, della persona umana, riconoscibile come titolare di diritti non soggetti a una fatale decorrenza di termini. In quanto *interpenetrazione* di passato, presente e futuro, il tempo coscienziale apre alla socialità l'ambito nel quale poter prendere forma: cosa che non le sarebbe possibile se fosse riconosciuto al presente un primato assoluto, derivante dalla riduzione del

<sup>17</sup> *Ivi*, 141.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>20</sup> Cfr. L. SCILLITANI, *Fenomenologia del giuramento: un approccio antropologico*, in *Studi di antropologia giuridica*, Jovene, Napoli, 1996, 63-64.

<sup>21</sup> Cfr. L. BAGOLINI, *Tempo e durata*, *op. cit.*, 141-142, n. 66.

<sup>22</sup> Insieme con le esigenze di cooperazione e di sicurezza il diritto soddisfa, per Sergio Cotta, l'esigenza umana, individualmente e socialmente declinabile, di durare nel tempo (cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991, 69 ss.).

<sup>23</sup> Cfr. L. BAGOLINI, *Tempo e durata*, *op. cit.*, 149, n. 75.

tempo giuridico a tempo oggettivamente calcolabile. Se le promesse – invero, come si è detto, i giuramenti nella loro valenza promissoria – sono costitutive del legame interpersonale, ciò è dovuto a un prevalere del passato che, sottraendo il presente alla sua immediatezza, lo schiude al futuro come tempo della possibilità: il giuridico segnala che si dà una forma dell’esperienza umana che contraddice al dispotismo del presente, creando le premesse dell’eticità. Una concezione *etica* infatti, condizionata dalla prevalenza del passato sul presente, non potrebbe affermarsi se non fosse accertato, sotto la garanzia di un giuramento sacro, che la passata volontà del promittente «*possa* prevalere sulla sua volontà presente: qui il tempo coscienziale offre all’etica [...] una *possibilità* fondamentale [...]. Si tratta del fatto per cui la volontà passata del promittente *può* prevalere sulla sua volontà presente. Io *devo* mantenere la promessa e *posso* mantenerla. [...] L’obbligo di mantenere una promessa non avrebbe senso *se non fosse anzitutto possibile*»<sup>24</sup>.

Prima che come un dover essere, la *giustizia*, quale verità etica del diritto, si annuncia come un *poter* essere, come un essere-in-tensione verso il futuro, per via dell’incidervi essenziale della coscienzialità temporale centrata sul primato del passato: un primato non storico-deterministico, ma per così dire onto-etico, procedente dal carattere obbligatorio di un’azione che diventa oggetto di una promessa giurata, e perciò fattore di coesistenza strutturata secondo regole che stabiliscono diritti e doveri.

## 2. Dimensione spaziali della giuridicità

Così come ci interroghiamo se esista un tempo giuridico, possiamo allo stesso titolo domandarci se esista uno spazio<sup>25</sup> qualificabile come giuridico. Soccorrono tali quesiti osservazioni di due filosofi che hanno messo esplicitamente a tema il plesso tematico diritto/spazio esaminandone alcune significative caratteristiche.

<sup>24</sup> *Ivi*, 150-151.

<sup>25</sup> Chi scrive ha tentato un primo approccio antropologico-filosofico all’uomo quale essere-nello-spazio in *Spazio geografico e antropologia filosofico-sociale. Riflessioni a partire da Kant*, in *Spaziofilosofico.it*, 2014, 11, 221-229. Per una tematizzazione filosofica più generale dello spazio cfr. M. SACCHETTO, *Spazio*, in N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia, op.cit.*, 1027-1032.

Carl Schmitt dedica alcune pagine delle sue *Categorie del politico* al rapporto fra appropriazione, divisione e produzione, nel tentativo «di fissare correttamente i fondamenti di ogni ordinamento economico-sociale, a partire dal *nomos*»<sup>26</sup>. I primi due processi esprimono una spazializzazione degli elementi distribuiti nella fisicità di un luogo che non ritrae uno stato di fatto, ma qualcosa che viene all'evidenza *in atto*: il sostantivo *nómos* e il corrispondente verbo *némein* sono *nomina actionis*, e indicano un fare che si sostanzia nel prendere, nel conquistare (un territorio), per cui *nómos*, prima che “legge”, «significa prima di tutto l'appropriazione (*Nahme*)»<sup>27</sup>. Nella riflessione schmittiana, ciascuno dei tre processi indicati dalla coppia terminologica *nómos/némein* «appartiene completamente all'essenza di ciò che finora, nella storia umana, è apparso come ordinamento giuridico e sociale»<sup>28</sup>.

Su questo *terreno* – da intendersi in senso non solo figurato, ma pregnante –, la lettura del *nomos-della-terra* così riconfigurata richiede di essere accostata ad alcuni spunti argomentativi presenti in particolare nella *Metafisica dei costumi* di Kant<sup>29</sup>. L'oggetto dell'apprensione – in senso giuridico –, fino alla rivoluzione industriale, è la *terra*, il fondo (rustico), il campo: nella riflessione kantiana, il primo acquisto di una cosa – tecnicamente si direbbe: a titolo *originario* – non può essere altro che quello del *suolo*<sup>30</sup>. Kant parla di una legge che «ripartisce il mio e il tuo ognuno riguardo al suolo (*lex iustitiae distributivae*)»<sup>31</sup>, presentandola in un senso analogo – ma solo su di un piano *categoriale* – a ciò che Schmitt intende, quando insiste nel «riconoscere l'occupazione di terra come una fattispecie storico-giuridica [...] e non come una

<sup>26</sup> C. SCHMITT, *Appropriazione/divisione/produzione*, in *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 1972, 295-312.

<sup>27</sup> *Ivi*, 297. Solo in un secondo significato *némein* sta per *spartire/dividere* (sempre un sottinteso territoriale); e in terzo luogo sta per *coltivare* (un terreno)/*produrre*.

<sup>28</sup> C. SCHMITT, *Appropriazione/divisione/produzione*, *op. cit.*, 299.

<sup>29</sup> Su questa lettura incrociata si è sviluppato il recente lavoro di E. SFERRAZZA PAPA, *L'occupazione dello spazio e la presa di possesso: Carl Schmitt e Immanuel Kant*, in «Filosofia politica», 2017, 2, 236-251.

<sup>30</sup> Cfr. I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Torino, 1971, 443.

<sup>31</sup> *Ivi*, 448.

mera costruzione del pensiero»<sup>32</sup>: come l'*archetipo di un processo giuridico costitutivo*, capace di creare il titolo giuridico più radicale<sup>33</sup>.

Per Kant, il suolo «è la condizione suprema, per cui solo è possibile di considerare le cose esterne come proprie, e il cui possesso e l'uso possibile costituiscono il primo diritto acquistato»<sup>34</sup>. Ma la "proprietà suprema" del suolo, sempre ad avviso di Kant, «non è che un'idea»<sup>35</sup>, mentre Schmitt sostiene che l'occupazione di terra «precede l'ordinamento che deriva da essa non solo logicamente, ma anche storicamente»<sup>36</sup>: l'occupazione di terra contiene in sé «l'ordinamento iniziale dello spazio, l'origine di ogni ulteriore ordinamento concreto e di ogni ulteriore diritto [...]. Da questa origine *trae nutrimento* [...] tutto il diritto seguente e tutto ciò che in seguito sarà ancora emanato mediante atti di posizione e comandi»<sup>37</sup>.

La genealogia della "terrestrità" del *nómos* "appropriativo" sembra smentita, nella storia del pensiero occidentale, da una progressiva trasformazione della consapevolezza dell'occupazione intrinsecamente normativa in formulazione del *nómos* come *atto legalitario di posizione*, con valenza obbligatoria<sup>38</sup>. Già con i Sofisti e con Platone comincia ad attenuarsi la coscienza della "spazialità" del *nómos*, anche se Aristotele séguita a tenere ben presente che esso è cosa alquanto diversa dallo *pséphisma*, da un atto edittale comunque considerato<sup>39</sup>. Almeno fino a Vico e a Locke permane, benché sempre più sfumata, l'idea del *nómos* come fondamento primo, radicato in un *Boden*<sup>40</sup>, finché non si consumerà la totale identificazione del *nómos* con la *thésis*<sup>41</sup>, ovvero con un atto, decisionale, di posizione che, in quanto dover essere, postula un "essere" ridotto a mera fattualità, pre-normativa. Sino a quando il *nómos* resta nell'orizzonte semantico della coincidenza con l'*actio* in

<sup>32</sup> C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello Jus publicum europaeum*, Adelphi, Milano, 1991, 25.

<sup>33</sup> Cfr. *ivi*, 25-26.

<sup>34</sup> I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, *op.cit.*, 511.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, *op.cit.*, 27.

<sup>37</sup> *Ivi*, 27-28.

<sup>38</sup> Cfr. *ivi*, 57 e 67.

<sup>39</sup> Cfr. *ivi*, 55-56.

<sup>40</sup> Cfr. *ivi*, 26.

<sup>41</sup> Cfr. *ivi*, 66.

origine da esso designata in rapporto alla terra, si rende possibile un *giudizio ontonomico* che sia dia come *ontologicamente giusto*<sup>42</sup>.

Il *nómos* si lascia dunque pensare come *ethos* originario<sup>43</sup>, come *ordinamento elementare* che procede da quella *madre* del diritto che, nella tradizione mito-logica e mito-nomica, non è una forza im-positiva ma è la stessa terra<sup>44</sup>, che contiene in sé il (geo)*nómos* «come ricompensa del lavoro; lo mostra in sé come confine netto; infine lo reca su di sé, quale contrassegno pubblico dell'ordinamento»<sup>45</sup>. Se il diritto è *ab origine* terraneo, perché co-incidente con un saldo e delimitato spazio, esso è, per dirla con Julien Freund, *justissima tellus*<sup>46</sup>, spazio localizzato in quanto giustamente ordinato: dove si rende altresì evidente che il diritto, nel suo strutturarsi secondo coordinate *geo*-spaziali, si annuncia già da sempre nella sua valenza ordinamentale.

Se si riprende l'osservazione di Kant, per il quale la prima acquisizione di una cosa non ha che per oggetto il suolo, si precisa «che il possesso di tutti gli uomini sulla terra, che precede ogni atto giuridico della loro volontà (che è costituito dalla natura stessa), è un *possesso comune originario* (*communio possessionis originaria*), il concetto del quale non è empirico e non dipende dalle condizioni di tempo [...], ma è al contrario un concetto razionale pratico, che contiene *a priori* il principio, che solo permette agli uomini di servirsi, seguendo le leggi del diritto, del posto che essi hanno sulla terra»<sup>47</sup>.

All'interno della trattazione *del modo di acquistare qualche cosa di esterno*, nel paragrafo 13 Kant dichiara che «tutti gli uomini sono originariamente (vale a dire anteriormente a ogni atto giuridico del loro arbitrio) in possesso legale del suolo: vale a dire, essi hanno il diritto di essere là dove la natura o il caso (senza il concorso della loro volontà) li ha posti»<sup>48</sup>. Il titolo originario del possesso è un titolo giuridico che, prima di insistere nel rapporto soggetto-cosa (generica), corrisponde, nei termini poi prospettati da Schmitt, a una localizzazione che è qual-

<sup>42</sup> Cfr. *ivi*, 23.

<sup>43</sup> Cfr. ID., *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del politico*, op. cit., 219.

<sup>44</sup> Cfr. ID., *Il nomos della terra*, op. cit., 19.

<sup>45</sup> *Ivi*, 20.

<sup>46</sup> Cfr. J. FREUND, *Le linee chiave del pensiero politico di Carl Schmitt*, in «Futuro presente», 1993, 3, 21.

<sup>47</sup> I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, op. cit., 444.

<sup>48</sup> *Ivi*, 443-444.

cosa di più di una semplice “ubicazione”, in quanto spazializza in via essenziale il giuridico, gli crea cioè l’ambiente nel quale esso possa prendere forma. La titolarità originaria del possesso della terra procede quindi non da un riconoscimento di carattere empirico-fenomenico, al quale si sovrapponga una convenzionalizzazione formale degli spazi acquisiti con la presa di possesso attuata mediante la forza, ma da una costitutiva *geo-nomia*, dove il diritto si organizza attorno al suolo come elemento pre-formale, ma già idoneo a generare le forme istituzionali che ne disegneranno la giuridicizzazione: in questo senso, la terra si rivela matrice di forme aprioriche che si comunicano ai principi di organizzazione – giuridica – dello spazio.

Il *nómos dello spazio*, ripensabile a partire da Kant con Schmitt, comporta la necessità di rivisitare criticamente il passaggio storico-filosofico da un diritto concepito, classicamente, come *parte* di beni assegnata/distribuita – e di cui l’occupazione è solo uno dei correlati istituzionali acquisitivi (essendo ciò che dà *luogo* al diritto di proprietà, e ad altri diritti “reali”) – alla visione moderna, che rappresenta il diritto come *dominium* soggettivo, come *potere* sui beni<sup>49</sup>: nella concezione classica lo spazio si lascia leggere come una realtà densa di simbolismi suscettibili di rappresentazione (geo)giuridica immanente al modo di (dover) essere dello “spazio-del-*nómos*”. L’odierno ritorno d’interesse alla geopolitica, declinabile anche come geopolitica – filosofica – dei diritti<sup>50</sup>, segnala l’urgenza di questa rivisitazione critica, implicando una rivalutazione di elementi che, prima di essere oggetto di estrinsecazione di una volontà plasmatrice del reale, possiedono strutture matriciali in grado di condizionare e di vincolare la portata di qualunque pretesa giuridico-soggettiva *metaspaziale*.

<sup>49</sup> Cfr. M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico occidentale*, Jaca Book, Milano, 1986, 313 e 328.

<sup>50</sup> Mi permetto rinviare, per un primo approccio, al mio *Sud-Nord: nuove coordinate per una geopolitica filosofica delle culture e dei diritti*, in «NuovoMeridionalismo-Studi.org», 2018, 7, 16-27, che sviluppa alcune premesse illustrate in L. SCILLITANI, *Diritto, politica, geopolitica. Temi e indirizzi di ricerca filosofica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2017.

### Bibliografia

- ABBAGNANO N., *Tempo*, in *Dizionario di filosofia*, di Nicola Abbagnano, Utet, Torino, 2001, 1075-1081.
- AMERIO R., FERRETTI G., *Eternità*, in *Enciclopedia filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, 4, 3766-3776.
- ASKIN Y. F., *Le concept philosophique de temps*, in Honorat Aguessy *et al.*, 1978, UNESCO/Payot, 127-138.
- BAGOLINI L., *Tempo e durata nella cultura e nell'esperienza giuridica*, in *Poesia e giustizia. Diritto e tempo*, Giuffrè, Milano, 1998, 113-151.
- BONALDI C., STORACE E. S. (a cura di), *Dialogo su Essere e tempo*, Albo Versorio, Milano, 2003.
- BRETONE M., *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Laterza, Roma-Bari, 1994.
- CAVAGNARO E., *Aristotele e il tempo*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- Cahiers du Centre d'Études phénoménologiques, *Sur la temporalité, l'intentionnalité, l'imaginaire*, Louvain-la-Neuve, 1982.
- COTTA S., *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1, 1981, 119-128.
- ID, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991.
- DENTONE A. (a cura di), *Esistenza. I vissuti: "tempo" e "spazio"*, Bastogi, Foggia, 1996.
- DREON R., *Esperienza e tempo. La condizione temporale tra ermeneutica e ontologia nel pensiero di Martin Heidegger*, Franco Angeli, Milano, 2003.
- FREUND J., *Le linee chiave del pensiero politico di Carl Schmitt*, in *Futuro presente*, 3, 1993, 7-26.
- GADAMER H. G., *L'enigma del tempo*, Zanichelli, Bologna, 1996.
- HEIDEGGER M., *Tempo ed essere*, Guida, Napoli, 1980.
- ID, *Il concetto di tempo*, Adelphi, Milano, 1998.
- ID, *Sein und Zeit*, Tübingen, Niemeyer, 2001 (tr. it. *Essere e tempo*, Mondadori, Milano, 2006).
- ID, *Il concetto di tempo nella scienza della storia*, Mucchi, Modena, 2000.
- HUSSERL G., *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1998.
- JULLIEN F., *Il tempo. Elementi di una filosofia del vivere*, Luca Sossella, Roma, 2002.
- KANT I., *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Torino, 1971, 377-422.
- MINKOWSKI E., *Il tempo vissuto. Fenomenologia e psicopatologia*, Corriere della Sera, Milano, 2011.

- NERHOT P., *Libertà immanente e determinismo del tempo*, Mimesis, Milano, 2017.
- PATOČKA J., *Eternité et historicité*, Lagrasse, Verdier, 2011.
- PERISSINOTTO M., RUGGENINI L., (a cura di), *Tempo e interpretazione. Esperienze di verità nel tempo dell'interpretazione*, Guerini e Associati, Milano, 2002.
- PERONE U., *Tempo*, in *Enciclopedia filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, 11, 11358-11368.
- PLOTINO, *L'eternità e il tempo*, Egea, Milano, 1991.
- RUGGIU L., (a cura di), *Filosofia del Tempo*, Bruno Mondadori, Milano, 1998.
- SACCHETTO M., *Spazio*, in *Dizionario di filosofia*, di Nicola Abbagnano, Utet, Torino, 2001, pp. 1027-1032.
- SCHELER M., *L'eterno nell'uomo*, Bompiani, Milano, 2009.
- SCHMITT C., *Appropriazione/divisione/produzione*, in *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 1972, 295-312.
- ID, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello Jus publicum europaeum*, Adelphi, Milano, 1991.
- SCILLITANI L., *Fenomenologia del giuramento: un approccio antropologico*, in *Studi di antropologia giuridica*, Jovene, Napoli, 1996, 59-77.
- ID, *Fattori metafisici del diritto e della politica: la speranza*, in *Per una antropologia filosofica del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 199-218.
- ID, *Spazio geografico e antropologia filosofico-sociale. Riflessioni a partire da Kant*, in *Spaziofilosofico.it*, 11, 2014, 221-229.
- ID, *Diritto, politica, geopolitica. Temi e indirizzi di ricerca filosofica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2017.
- ID., *Sud-Nord: nuove coordinate per una geopolitica filosofica delle culture e dei diritti*, in «NuovoMeridionalismoStudi.org», 2018, 7, 16-27.
- SFERRAZZA PAPA E., *L'occupazione dello spazio e la presa di possesso: Carl Schmitt e Immanuel Kant*, in «Filosofia politica», 2, 2017, 236-251.
- STEIN E., *Essere finito ed essere eterno*, Città Nuova, Roma, 1988.
- VEDALDI A., *Dire il tempo*, Taylor, Torino, 1960.
- VILLEY M., *La formazione del pensiero giuridico occidentale*, Jaca Book, Milano, 1986.
- VON FRANZ M. L., *L'esperienza del tempo*, TEA, Milano, 1995.



## **Trasferimento della sede sociale all'estero e trasformazione transfrontaliera all'interno dell'Unione Europea**

*Christoph Teichmann\** - *Alessio Bartolacelli\*\**

SOMMARIO: 1. Premessa terminologica: la sede e il suo trasferimento. – 2. Il fondamento normativo della libertà di trasferimento della sede sociale nell'Unione Europea. – 3. Lo stato dell'arte relativo al trasferimento della sede sociale all'estero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione: la sentenza *Cartesio*. – 4. *Segue*. La sentenza *Vale*. – 5. *Segue*. La sentenza *Polbud*. – 6. Un caso di trasformazione transfrontaliera dalla Germania all'Italia. – 7. Conclusioni

### *1. Premessa terminologica: la sede e il suo trasferimento*

Quando si discorre di trasferimento della sede sociale all'estero è innanzitutto necessario avere chiara la nozione di sede sociale. Essa, in verità, ha una pluralità di differenti significati.

Il termine “sede”, infatti, ha una pluralità di declinazioni tra loro diverse e non sempre sovrapponibili<sup>1</sup>. La sede della società, infatti, può essere definita come “statutaria”, per indicare quella che, all'interno dei documenti genetici della società, è indicata come sede della stessa. In ragione del fatto che tali documenti sono sovente soggetti, per le società, all'iscrizione presso il registro delle imprese, alla sede statutaria corrisponde la nozione di “sede legale”, che ha la propria traduzione in inglese come “*registered office*”. Ma la sede può indicare anche il luogo in cui vengono *di fatto* assunte le decisioni da parte degli organi gestori della società, discorrendosi in questo caso di

\* *Professore Ordinario di Diritto Commerciale, Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Germania.*

\*\* *Professore Associato di Diritto Commerciale, Università degli Studi di Macerata.*

<sup>1</sup> Sul tema si v. per tutti M.V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Rivista delle società*, 2010, 1254 ss.; ID., *Introduzione al diritto internazionale privato ed europeo delle società*, in M.V. BENEDETTELLI, M. LAMANDINI (a cura di), *Diritto societario europeo e internazionale*, Utet, Torino, 2017, *passim*; F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Giuffrè, Milano, 2010, 139 ss.

“sede reale”. O ancora, il luogo in cui, *sulla base delle norme societarie applicabili*, si determina la volontà dell’ente da parte degli organi a ciò deputati: la “sede amministrativa”<sup>2</sup>. Ciascuno di questi concetti è, perlomeno in via astratta<sup>3</sup>, indipendente dagli altri: una società potrebbe avere la propria sede legale in un luogo, assumendo le decisioni i suoi organi amministrativi in un altro, ed essendo ubicata l’unità produttiva principale in un terzo. Ciò che qui, tuttavia, rileva in particolare è la sede legale, o statutaria, e l’eventualità del suo trasferimento in un Paese diverso da quello d’origine.

Il tema ha un rilievo fondamentale soprattutto in quanto la sede, nelle sue diverse accezioni, è l’elemento che di regola il legislatore utilizza come criterio selettivo per l’applicazione del proprio diritto nazionale ad una data società. In altri termini, per identificare quella che si può definire la “nazionalità” della società, ossia il Paese il cui diritto societario le è applicabile, si deve di norma fare riferimento a dove sia ubicata la sede. Il punto è che, a fronte di alcuni Paesi che considerano necessario verificare solamente l’ubicazione della sede statutaria (che determina anche il luogo di registrazione, perlomeno per quanto riguarda i Paesi appartenenti all’Unione europea<sup>4</sup>), ve ne sono altri che richiedono che, perché una società possa essere assoggettata al proprio ordinamento, siano ubicati nel territorio dello Stato sia la sede statutaria, sia quella amministrativa o quella reale. La scelta relativa a quali criteri debbano essere rispettati da una determinata società per potersi dire soggetta ad un dato ordinamento – definiti comunemente come “criteri di collegamento” – spetta liberamente a ciascuno Stato, ed in genere si rifà ad una delle due teorie più utilizzate, note come teoria della incorporazione, e teoria della sede reale.

Gli Stati che adottano nel proprio diritto internazionale privato la

<sup>2</sup> E ciò a tacere, ancora, del c.d. COMI (*Center of Main Interest*), conosciuto dalla legislazione in materia di crisi; o del centro principale degli affari, che indica il luogo in cui la società “conduce prevalentemente la propria attività imprenditoriale” (M.V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all’estero*, op. cit., 1256).

<sup>3</sup> La ragione dell’astrazione sarà meglio intesa nel momento in cui *infra* si affronterà il tema della teoria della sede reale in contrapposizione alla teoria della sede statutaria.

<sup>4</sup> Direttiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017 relativa ad alcuni aspetti di diritto societario (di qui innanzi solo “Direttiva codificata”), artt. 4, 14 e 16.

teoria dell'incorporazione riconoscono come assoggettate al proprio ordinamento le società che abbiano posto nel territorio dello Stato la propria sede statutaria, e siano quindi iscritte nel proprio Registro delle imprese in virtù di ciò, in quanto questo costituisce il punto finale del processo di venuta ad esistenza della società in quanto tale – incorporazione<sup>5</sup>. Al contrario, gli Stati che preferiscono la teoria della sede reale pongono attenzione al fatto che sia ubicata nello Stato quella che, ai sensi del diritto nazionale, è la sede reale della società. Questo non significa, soprattutto nei Paesi dell'Unione europea, che non si attribuisce rilievo alla iscrizione nel Registro delle imprese dello Stato; al contrario, l'iscrizione nel registro della sede statutaria è comunque necessaria<sup>6</sup>, ma nei Paesi che adottano la teoria della sede reale di fatto si richiede, rispetto a quelli che seguono la teoria dell'incorporazione, che non solamente il luogo di incorporazione della società sia situato nel territorio dello Stato, ma anche la sua sede reale<sup>7</sup>. E non può che concordarsi con l'idea che, quale che sia la teoria prescelta, allo Stato di registrazione corrisponde la *lex societatis* applicabile<sup>8</sup>.

Con riferimento al trasferimento della sede all'estero, deve ancora preliminarmente essere sottolineato come l'intervento della società su di un mercato estero possa avvenire attraverso modalità anche diverse, e sovente assai meno impattanti sulle dinamiche societarie. In particolare, l'impresa è legittimata dal diritto europeo<sup>9</sup> ad aprire in un diverso Paese dell'Unione uffici di rappresentanza, oppure una agenzia, o una succursale<sup>10</sup>. Si tratta, in tutti e tre i casi menzionati, di stabilire una articolazione territoriale societaria sprovvista di una autonoma rilevanza in termini di personalità giuridica: ogni affare compiuto dall'agenzia, dall'ufficio di rappresentanza, o dalla succursale è direttamente imputabile alla società che ha costituito l'articolazione territoriale. Peraltro, la società potrebbe pure stabilire all'estero una propria filiale,

<sup>5</sup> Con il *caveat* che si sta qui discorrendo delle sole società di capitali, essendo per quelle personali differente il sistema di riferimento.

<sup>6</sup> V. *supra*, nt. 4.

<sup>7</sup> Cfr., ad esempio, F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, op. cit., 186 nt. 16

<sup>8</sup> *Ivi*, 238.

<sup>9</sup> V. *infra*, § 2.

<sup>10</sup> Con riferimento alla pubblicità relativa alle succursali di società di altri Stati membri si v. la Direttiva codificata, artt. 29 ss.

con ciò intendendosi che viene ad essere costituita un'apposita società, ad esempio – ma non necessariamente – interamente partecipata dalla società costituente che ne sarebbe in tal caso unico socio, strutturata secondo uno dei tipi societari previsti dall'ordinamento dello Stato di costituzione della filiale e quindi retta dal diritto societario di quest'ultimo. In questo caso, tale società è, sotto il profilo giuridico, autonoma dalla società “madre” che la ha costituita, da sola o in concorso con altri<sup>11</sup>; a quest'ultima non sono imputabili in via diretta<sup>11</sup> gli atti compiuti dalla filiale; in tutti i casi considerati, in ragione del fatto che non si modifica l'ubicazione della sede della società che costituisce agenzia, ufficio di rappresentanza, succursale o filiale all'estero, si discorre di libertà di stabilimento *secondaria*<sup>12</sup>.

Il fenomeno del trasferimento della sede sociale all'estero si pone al vertice della scala di complessità crescente rispetto all'ingresso della società in un mercato diverso da quello di origine. Mentre i ricordati istituti sin qui menzionati non implicano per la società alcun tipo di modifica strutturale nel regime legale nazionale a cui essa è soggetta<sup>13</sup>, il trasferimento di sede legale all'estero può comportare una trasformazione transfrontaliera, e dunque una alterazione del diritto applicabile che passa da quello del Paese di origine a quello dello Stato di destinazione (libertà di stabilimento *primaria*).

Ciò premesso, ci si deve ora concentrare proprio sul tema del trasferimento di sede e dei suoi rapporti con la trasformazione transfrontaliera. A chiarire il prosieguo della trattazione, è opportuno segnalare che ci si occupa qui del solo trasferimento della sede legale e statutaria, e non di quello – pure foriero di grande interesse – della sede reale<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> E quanto alla via indiretta, dipenderà dalle norme, nel Paese della filiale, in materia di superamento del velo della personalità giuridica. A riguardo si v., da ultimi, D. BRULOOT, L. DE MEULEMEESTER, C. VAN DER ELST, *Veil Piercing and Abuse of the Corporate Form*, in *Abuse of Companies*, H.S. BIRKMOSE, M. NEVILLE, K.E. SØRENSEN (eds), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, 159 ss.

<sup>12</sup> In tema di libertà di stabilimento primaria e secondaria, si v. E. PEDERZINI, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in ID (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, 3a ed., Giappichelli, Torino, 2016, 96 s.

<sup>13</sup> E nel solo caso della filiale, anzi, a tale regime giuridico nazionale si aggiunge, senza sostituirlo, ed in relazione alla sola filiale, il regime nazionale cui la filiale è assoggettata.

<sup>14</sup> Per la distinzione si v., ad esempio, S. CRESPI, *La mobilità delle società*

E, ancora, che si limita l'indagine alla sola Unione europea, senza quindi considerare i trasferimenti di sede e le trasformazioni internazionali extraeuropee.

Nella prassi<sup>15</sup>, la legittimazione al trasferimento della sede legale all'estero passa – come si potrà osservare nei paragrafi che seguono in tema di giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) in materia di libertà di stabilimento – attraverso la decisione da parte della società che intende trasferire la sede di modificare pure la propria forma giuridica, adottandone una propria del Paese in cui si intende porre la sede sociale. È questo il caso in cui il trasferimento della sede sociale da un Paese all'altro assume i contorni di una trasformazione, in quanto tale classicamente intesa come operazione straordinaria alla pari di fusioni e scissioni<sup>16</sup>.

Nell'ipotesi di cui qui si discorre, l'operazione di trasformazione sarà caratterizzata da una dimensione internazionale in ragione della diversità degli ordinamenti giuridici coinvolti all'inizio ed alla fine dell'operazione: per tale ragione si discorre di trasformazione *transfrontaliera*.

Se, infatti, la trasformazione di carattere domestico (ossia quando sia la forma societaria di partenza che quella di destinazione siano frutto del medesimo diritto nazionale) determina la continuità di organizzazione aziendale e rapporti giuridici per l'ente dal momento in cui era organizzato secondo una data forma societaria a quello in cui viene ad essere strutturato secondo una forma diversa, sempre nota al diritto nazionale, nel caso di trasformazione transfrontaliera ciò accade passando da una forma societaria prevista dall'ordinamento nazionale "A" verso una forma societaria prevista dall'ordinamento nazionale "B", dove l'ordinamento "A" è detto *di origine* e l'ordinamento "B" *di destinazione*.

*nell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2016, 100 ss.

<sup>15</sup> Ciò in quanto, in linea meramente teorica, potrebbe pure darsi la possibilità di uno Stato che accetti di iscrivere nei propri registri anche società che abbiano posto la propria sede legale in un diverso Paese.

<sup>16</sup> Con la considerazione ulteriore che, per le fusioni, la disciplina dell'operazione transfrontaliera deriva dalla cit. Direttiva (UE) 2017/1132, artt. 118 ss., mentre la scissione è oggi regolamentata al nuovo Capo IV (artt. 160-*bis* ss.) della medesima Direttiva codificata introdotto dalla Direttiva (UE) 2019/2121 del 27 novembre 2019.

Come si vedrà<sup>17</sup>, tale considerazione permane anche per il caso in cui il passaggio da una forma all'altra non determini un cambiamento sostanziale del tipo sociale astrattamente inteso. Con ciò si intende che, mentre è naturale ritenere che si versi in un caso di trasformazione nel momento in cui la società si modifichi, ad esempio, da s.n.c. a s.p.a. di diritto italiano, si potrebbe essere tentati di pensare che non altrettanto debba avvenire nel momento in cui si passi, ad esempio, da una società di tipo azionario retta dal diritto italiano (s.p.a.) ad una società parimenti di tipo azionario, ma retta da un ordinamento differente a quello italiano (*société anonyme* francese, o *sociedad anónima* spagnola, o *Aktiengesellschaft* tedesca, a mero titolo esemplificativo). Così non è. Ciò che rileva nella trasformazione transfrontaliera è proprio il mutamento della *lex societatis* applicabile, che si deve ritenere essere sempre, per presunzione *iuris et de iure*, tanto impattante sulle situazioni soggettive dei soggetti a vario titolo coinvolti nell'operazione (almeno) quanto lo è un cambiamento di forma giuridica della società interno ad un dato ordinamento.

Ciò premesso, si può iniziare la trattazione.

## 2. Il fondamento normativo della libertà di trasferimento della sede sociale nell'Unione Europea

All'interno dei Trattati della UE, il tema della libertà di stabilimento delle società trova collocazione in particolare negli artt. 49 e 54 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Ai sensi dell'art. 49 sono vietate le restrizioni alla libertà di stabilimento di cittadini di uno Stato membro in un differente Stato membro. Il secondo paragrafo specifica che l'estensione della libertà di stabilimento è da valutarsi rispetto all'accesso "alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini".

D'altra parte, l'art. 54 è specificamente dettato con riferimento alle società. Ai sensi del secondo paragrafo, per società ai fini della libertà

<sup>17</sup> Si osservino, in particolare, i casi esaminati *infra*, § 4 e 6.

di stabilimento devono essere intese “le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro”. Come il primo paragrafo della disposizione citata chiarisce, tali società, necessariamente caratterizzate da uno scopo di lucro – ma con definizione che pure contempla esplicitamente il fenomeno delle società cooperative, dogmaticamente non riconducibile alle società lucrative, perlomeno in Italia<sup>18</sup> – devono essere costituite “conformemente alla legislazione di uno Stato membro” ed avere “la sede sociale, l’amministrazione centrale o il centro di attività principale all’interno dell’Unione”; in tale caso la società è equiparata, ai fini di quanto previsto per la libertà di stabilimento, alle persone fisiche, secondo la disciplina dell’art. 49 TFUE<sup>19</sup>.

Se questa è la disciplina rispetto alla libertà di stabilimento, resta comunque evidente che essa deve trovare applicazione non solamente allorché si dia lo stabilimento di una *nuova* attività economica in uno Stato membro, ma anche quando l’attività, già svolta all’interno di un Paese dell’Unione, viene ad essere *trasferita*, in tutto o in parte, in un altro Paese.

L’applicazione alle società dell’art. 49 TFUE sulla mobilità delle persone fisiche non è tuttavia di completa immediatezza. Mentre, infatti, per le persone fisiche è del tutto naturale discorrere di cittadinanza, non altrettanto immediato è il concetto di nazionalità applicabile ad una società.

In primo luogo, già l’art. 54(1) TFUE chiarisce come la sussistenza del concetto di società sia basato sulle disposizioni del diritto nazionale di ciascuno Stato membro. Che un ente sia da qualificarsi in termini societari, in altre parole, dipende da se ciò è possibile in conformità con il diritto nazionale. E ancora, è il diritto nazionale che stabilisce i requisiti perché una società possa dirsi appartenente a quell’or-

<sup>18</sup> Si v. per tutti G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, 9a ed., M. CAMPOBASSO (a cura di), Utet, Torino, 2015, 25.

<sup>19</sup> Salvo talune limitazioni da ritenersi legittime sulla base di quanto previsto dalla sentenza Corte di Giustizia delle Comunità Europee 30 novembre 1995, causa C-55/94, R. *Gebhard contro Ordine degli avvocati e procuratori di Milano* (di qui innanzi: “Sentenza Gebhard”). Tali limitazioni sono legittime quando hanno carattere non discriminatorio, sono fondate su ragioni imperative di interesse pubblico, sono idonee allo scopo perseguito e proporzionate al raggiungimento di tale scopo.

dinamento. Infine, siccome il problema del trasferimento di sede coinvolge per sua stessa natura perlomeno due ordinamenti, le valutazioni sin qui ricordate devono essere condotte sia con riferimento allo Stato di origine, che allo Stato di destinazione.

Un punto di chiara evidenza, tuttavia, è che già dalla lettura della disciplina primaria fornita dal TFUE risulta come l'intera questione della determinazione della nazionalità della società non sia in alcun modo di competenza del diritto dell'Unione, che si limita a rinviare alla disciplina nazionale di riferimento. La determinazione della nazionalità della società avverrà, dunque, sulla base del diritto internazionale privato degli Stati membri coinvolti nella vicenda<sup>20</sup>.

### 3. *Lo stato dell'arte relativo al trasferimento della sede sociale all'estero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione: la sentenza Cartesio*

Questo essendo il quadro normativo primario di riferimento, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) offre diverse decisioni che ci consentono di verificare in che maniera la previsione legale contenuta essenzialmente negli artt. 49 e 54 TFUE sia stata declinata dal diritto vivente dell'Unione.

Le pronunzie giurisprudenziali che maggiormente sono di interesse in tema di trasferimento della sede sociale all'estero sono tre<sup>21</sup>: si tratta dei casi *Cartesio*, *Vale* e *Polbud*.

Nei fatti di causa del caso C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.*<sup>22</sup>, la società di diritto ungherese *Cartesio*, validamente costituita

<sup>20</sup> Rifacendosi con ciò a quanto già esposto *supra*, § 1, in tema di criteri di collegamento.

<sup>21</sup> Assai di più, naturalmente, le pronunce in materia di libertà di stabilimento *tout court* considerata: per un esaustivo panorama, sia pure non aggiornato alla sentenza *Polbud*, si v. E. PEDERZINI, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, op. cit., 98 ss.

<sup>22</sup> Sentenza CGCE, 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.* (di qui innanzi: "Sentenza *Cartesio*"), con commenti di M.B. DELI, F. PERNAZZA, in *Società*, 2009, 1393 ss.; P. MANZINI, F.M. MUCCIARELLI, *Rivoluzione cartesiana? La fine del vincolo necessario tra società e legislazione nazionale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, 614 ss.; S. CRESPI, *Il trasferimento all'estero della sede*

nel maggio 2004 ai sensi dell'ordinamento magiaro, decide nel novembre dell'anno successivo un trasferimento della sede sociale da Baja, in Ungheria, a Gallarate, in Italia. A tale fine, presenta, secondo le norme ungheresi, domanda presso il *Bács-Kiskun Megyei Bíróság* (Tribunale regionale di Bács-Kiskun), in veste di *Cégbíróság* (Tribunale incaricato della tenuta del registro delle imprese), "al fine di formalizzare il trasferimento della sua sede" e "pertanto di modificare l'iscrizione relativa alla sua sede nel registro delle imprese"<sup>23</sup>. Tale richiesta di modifica della iscrizione nel registro delle imprese era dal Tribunale competente respinta, nel gennaio 2006, sulla base della argomentazione che "la legge ungherese in vigore non consente a una società costituita in Ungheria di trasferire la sua sede all'estero continuando al contempo a essere soggetta alla normativa ungherese quale legge regolatrice"<sup>24</sup>.

Nonostante il diritto internazionale privato ungherese prevedesse all'epoca che "la legge regolatrice delle persone giuridiche è la legge dello Stato nel cui territorio sono registrate"<sup>25</sup>, lasciando intendere una adesione piena alla teoria dell'incorporazione da parte dell'Ungheria, il luogo di registrazione doveva tuttavia coincidere con quello in cui si trovava la sede direttiva<sup>26</sup>. A fronte di ciò, la legittimità di una società secondo il diritto ungherese vedeva la compresenza necessaria della sede direttiva nel medesimo luogo in cui era stata operata l'iscrizione nel registro delle imprese, essendo proprio l'ubicazione della sede direttiva il criterio dirimente per identificare il Tribunale competente per l'iscrizione nel Registro. Peraltro, la richiesta formulata da *Cartesio* era dovuta in ragione della previsione per cui ogni trasferimento di sede diviene efficace solamente dopo una apposita decisione in tale sen-

*delle società: la sentenza Cartesio*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, 869 ss.; F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, op. cit., 105 ss.

<sup>23</sup> Sentenza *Cartesio*, §23

<sup>24</sup> Sentenza *Cartesio*, § 24.

<sup>25</sup> Art. 18, c. 2, *nemzetközi magánjogról szóló 1979. évi 13. törvényerejű rendelet* (decreto legge n. 13 del 1979 relativo al diritto internazionale privato), cit. dalla sentenza in discorso al § 20.

<sup>26</sup> Ciò derivava dalla applicazione congiunta degli artt. 11, c. 2 e 16, n. 1 della *cégyilvántartásról, cégnyilvánosságról és a bírósági cégeljárásról szóló 1997. évi CXLV. törvény* (legge CXLV del 1997, sul registro delle imprese, sulla pubblicità delle società e sui procedimenti giudiziari in materia commerciale), come citati dai §§ 13 e 16 della sentenza in discorso.

so da parte del Tribunale del Registro di origine<sup>27</sup>; per quanto la norma si riferisca esplicitamente ai soli trasferimenti interni all'Ungheria, è stata applicata da *Cartesio* anche per il caso del trasferimento transfrontaliero, non essendo disponibile alcuna altra previsione legale.

Ciò che sin da questo momento appare evidente è l'intento della società *Cartesio* di modificare l'ubicazione della sua sede direttiva<sup>28</sup>, portandola dall'Ungheria all'Italia, senza modificare la propria veste giuridica. In altri termini, *Cartesio* desiderava continuare ad essere considerata una società di diritto ungherese, ma con la propria sede direttiva ubicata in Italia. Questa la ragione per il respingimento della richiesta di *Cartesio* da parte del Tribunale ungherese.

A fronte di tale diniego, *Cartesio* proponeva appello contro tale decisione dinanzi allo *Szegedi Ítéltábla* (Corte d'appello di Szeged). Nell'appello era da *Cartesio* sollecitata ai giudici del rinvio la richiesta di proporre una questione pregiudiziale alla CGUE in ragione del fatto che le norme ungheresi avrebbero violato il diritto dell'Unione nel momento in cui imponevano "alle società ungheresi di scegliere l'Ungheria per stabilirvi la sede"<sup>29</sup>. Il giudice del rinvio, pure già prospettando una ipotesi di risoluzione della controversia sulla base dell'*acquis communautaire* dell'epoca<sup>30</sup>, riteneva comunque che la risoluzione della questione non potesse prescindere dalla interpretazione del diritto comunitario; faceva in tale maniera ingresso nella vicenda la CGUE.

La Corte, nel decidere la questione, reitera i principi che già erano alla base di una altra celebre propria decisione, per quanto piuttosto

<sup>27</sup> Cfr. art. 34, n. 1 della citata legge CXLV del 1997: "Ogni trasferimento della sede di una società in un luogo che rientra nella circoscrizione di un altro tribunale incaricato della tenuta del registro delle imprese dev'essere registrato, in quanto modifica, presso il tribunale nella cui circoscrizione rientra la sede precedente. Quest'ultimo giudice esamina le domande di modifica anteriori al cambiamento di sede e dispone il trasferimento", cit. dalla sentenza in discorso, § 19.

<sup>28</sup> Ma in realtà non solamente, essendo oggetto di trasferimento anche l'intera attività d'impresa: cfr. E. Pederzini, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali op. cit.*, 117, sulla scorta anche delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiares Maduro che discorrevano di trasferimento di "sede operativa" (§ 3).

<sup>29</sup> Sentenza *Cartesio*, § 26.

<sup>30</sup> Si vv. i §§ 34 ss. della sentenza in esame.

risalente, ossia la sentenza nel caso *Daily Mail*<sup>31</sup>. In essa, la Corte ribadiva come principio di diritto che le società “esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento”<sup>32</sup> e che “le legislazioni degli Stati membri presentano notevoli differenze relative sia al criterio di collegamento al territorio nazionale richiesto per la costituzione di una società, sia alla facoltà di una società costituita secondo tale legislazione di modificare in seguito detto criterio di collegamento. Talune legislazioni esigono che non solo la sede legale ma anche la sede reale, cioè l’amministrazione centrale della società, siano ubicate sul loro territorio, ragion per cui lo spostamento dell’amministrazione centrale da tale territorio presuppone lo scioglimento della società con tutte le conseguenze che ne discendono sotto il profilo del diritto delle società e del diritto fiscale”<sup>33</sup>.

Nella sentenza *Cartesio*, resa nel dicembre del 2008, la Corte richiama esplicitamente i punti riportati della sentenza *Daily Mail*, nonché, come deciso dalla una propria ulteriore sentenza, resa nel caso *Überseering*, che una società, costituita in conformità con le leggi di uno Stato membro, ha la facoltà “di trasferire la sua sede, sociale o effettiva, in un altro Stato membro senza perdere la personalità giuridica di cui essa gode nell’ordinamento giuridico dello Stato membro di costituzione e, eventualmente, le modalità di tale trasferimento sono determinate dalla normativa nazionale secondo la quale tale società è stata costituita. Essa ne ha concluso che uno Stato membro ha la possibilità di imporre ad una società costituita in forza del suo ordinamento giuridico restrizioni al trasferimento della sede effettiva di quest’ultima al di fuori del suo territorio affinché tale società possa conservare la personalità giuridica di cui beneficia in base al diritto di questo stesso Stato membro”<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Sentenza 27 settembre 1988, causa C-81/87, *Daily Mail and General Trust PLC v. The Queen* (di qui innanzi: “Sentenza *Daily Mail*”), su cui si v. T. BALLARINO, *Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Rivista delle società*, 2003, 669 ss., oltre a F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, *op. cit.*, 93 ss.

<sup>32</sup> Sentenza *Daily Mail*, § 19.

<sup>33</sup> Sentenza *Daily Mail*, § 20.

<sup>34</sup> Sentenza 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, cit. dalla sentenza *Cartesio* al § 107. Su tale caso si v., almeno, V. ALLOTTI, F. PERNAZZA, *Trasferimento della sede effettiva delle società in Europa e libertà di stabilimento*, in *Società*, 2003, 903; S. LOMBARDO, *La*

Sulla base di tali considerazioni, la CGUE risolve la questione interpretativa posta dal caso *Cartesio* stabilendo che il diritto europeo deve essere interpretato nel senso che è da ritenersi legittima la “normativa di uno Stato membro che impedisce ad una società costituita in forza del diritto nazionale di tale Stato membro di trasferire la propria sede in un altro Stato membro conservando al contempo il suo status di società soggetta al diritto nazionale dello Stato membro a norma della cui legislazione è stata costituita”<sup>35</sup>. È pertanto legittimo il rifiuto opposto dal Tribunale ungherese di consentire al trasferimento in Italia di *Cartesio*, accompagnato dal mantenimento della sua soggezione al diritto magiaro.

Se pure, al fine di raggiungere tale decisione, sarebbe stata sufficiente l'applicazione dei principi di diritto elaborati nella sentenza *Daily Mail*, nella sentenza *Cartesio* è tuttavia possibile riscontrare elementi di novità alquanto rilevanti, all'interno delle motivazioni. In particolare, la Corte inserisce nelle motivazioni un *obiter dictum*, in quanto tale non volto alla risoluzione del caso in discorso, destinato ad anticipare alcune pronunzie successive, come si vedrà. Si occupa, infatti, il giudice europeo, non già (solamente) del caso di trasferimento all'estero della sede sociale senza modifica del regime legale nazionale applicabile – ovvero quanto richiesto in via pregiudiziale dalla Corte ungherese nel caso *Cartesio* – ma anche della eventualità in cui tale trasferimento dovesse, invece, implicare un mutamento dell'ordinamento di riferimento, prefigurando una differente soluzione del caso<sup>36</sup>. In altri termi-

*libertà comunitaria di stabilimento dopo il caso Überseering: tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, 457 ss.

<sup>35</sup> Sentenza *Cartesio*, § 125, n. 4.

<sup>36</sup> Sentenza *Cartesio*, §§ 109 ss.: “[...] conformemente all’art. 48 CE, dal momento che il diritto comunitario non ha fornito un’uniforme definizione delle società autorizzate a beneficiare del diritto di stabilimento in funzione di un unico criterio di collegamento idoneo a determinare il diritto nazionale applicabile a una società, la questione se l’art. 43 CE si applichi a una società che invoca la libertà fondamentale sancita da tale norma – analogamente, d’altronde, a quella se una persona fisica sia un cittadino di uno Stato membro che, a tale titolo, può beneficiare di tale libertà – costituisce una questione preliminare che, allo stato attuale del diritto comunitario, può trovare risposta solo nel diritto nazionale applicabile. Quindi, soltanto qualora risulti che tale società beneficia effettivamente della libertà di stabilimento tenuto conto delle condizioni enunciate dall’art. 48 CE occorre accertare se detta società si trovi di fronte a una restrizione di tale libertà ai sensi dell’art. 43 CE.

ni, ove la legislazione di un Paese membro impedisse ad una società costituita validamente per la legge di tale Paese di trasferire la sede sociale in un diverso Stato membro, fermo restando il rispetto da parte della società delle norme di questo con riferimento alla costituzione di una società, questa normativa sarebbe contraria ai principi europei, a meno che non ricorrano ragioni imperative di interesse pubblico per impedire tale trasferimento.

#### 4. Segue. *La sentenza Vale*

Quattro anni dopo la sentenza resa nel caso *Cartesio*, la CGUE si trova nel luglio 2012 a trattare nuovamente di un trasferimento di sede

110 Uno Stato membro dispone pertanto della facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto a una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento, sia quello necessario per continuare a mantenere detto status. Tale facoltà include la possibilità, per lo Stato membro in parola, di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale status qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo, sopprimendo in questo modo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione.

111 Tuttavia, una siffatta ipotesi di trasferimento della sede di una società costituita a norma della legislazione di uno Stato membro in un altro Stato membro senza cambiamento del diritto cui è soggetta deve essere distinta da quella relativa al trasferimento di una società appartenente a uno Stato membro verso un altro Stato membro con cambiamento del diritto nazionale applicabile, ove la società si converte in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato membro in cui si è trasferita.

112 Infatti, in quest'ultimo caso, la facoltà, richiamata al punto 110 della presente sentenza, lungi dall'implicare una qualsiasi immunità della legislazione nazionale in materia di costituzione e di scioglimento delle società rispetto alle norme del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento, non può segnatamente giustificare che lo Stato membro di costituzione, imponendo lo scioglimento e la liquidazione di tale società, impedisca a quest'ultima di trasformarsi in una società di diritto nazionale dell'altro Stato membro nei limiti in cui detto diritto lo consenta.

113 Un siffatto ostacolo all'effettiva trasformazione di una società di questo tipo, senza previo scioglimento e previa liquidazione, in una società costituita a norma della legge nazionale dello Stato membro in cui intende trasferirsi costituirebbe una restrizione alla libertà di stabilimento della società interessata che, a meno che non sia giustificata da ragioni imperative di interesse pubblico, è vietata in forza dell'art. 43 CE".

sociale che interessa Ungheria e Italia, sia pure a parti invertite. Si tratta del caso *VALE Építési kft.*, deciso appunto nel luglio 2012<sup>37</sup>.

I fatti di causa vedono la presenza di una s.r.l. italiana, *VALE Costruzioni*, iscritta nel 2000 nel Registro delle imprese a Roma, che decide nel 2006 per un trasferimento della sede sociale in Ungheria, con modifica della denominazione in *VALE Építési* e la scelta della forma giuridica della *kft.*, ossia del corrispondente ungherese della s.r.l. italiana. La *VALE Costruzioni* nel febbraio 2006 chiede ed ottiene la cancellazione dal Registro delle imprese italiano, per trasferimento in Ungheria, e nel novembre 2006 i suoi soci approvano lo statuto della *VALE Építési kft.* Nel gennaio 2007, un rappresentante di *VALE Építési kft.* richiede al *Fővárosi Bíróság* (Corte di Budapest), in veste di *cégbíróság* (Tribunale commerciale), l'iscrizione di *VALE Építési kft.* nel Registro delle imprese ungheresi, come avente causa di *VALE Costruzioni s.r.l.* Ciò determina, in altre parole, che si richiedeva alla Corte ungherese di riconoscere in *VALE Építési kft.* il risultato di una trasformazione transfrontaliera di *VALE Costruzioni s.r.l.*

Il *Fővárosi Bíróság* respinge la domanda di registrazione. *VALE Építési* propone appello, ma pure in secondo grado il giudice ungherese (*Fővárosi ítéltábla*: Corte d'appello regionale di Budapest) conferma il rigetto, sulla base del fatto che, nel parere di tale organo giudicante, la normativa ungherese applicabile alle società impedirebbe che una società costituita e registrata in Italia possa trasferire la propria sede sociale in Ungheria e quindi farsi registrare in tale Paese nella forma richiesta. In particolare, non sarebbe possibile iscrivere nel Registro delle imprese ungherese la *VALE Costruzioni* come dante causa di *VALE Építési*, in quanto la legge ungherese solamente riconosce la

<sup>37</sup> Sentenza 12 luglio 2012, causa C-378/10, *Vale Építési kft.*, di qui innanzi: "Sentenza VALE". Su di essa: S. RAMMELOO, *Case C-378/10 VALE Epitesi Kft. judgment of 12 July 2012: Freedom of Establishment: Cross-Border Transfer of Company "Seat": The Last Piece of the Puzzle?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012; T. BIERMEYER, *Shaping the Space of Cross-Border Conversions in the EU. Between Right and Autonomy: VALE*, in *Common Market Law Review*, 2013; J. LAU HANSEN, *The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies*, in *European Company and Financial Law Review*, 2013, 6 ss.; D. GAROFALO, *Trasferimento della sede all'estero, mutamento della "lex societatis" e continuità dei rapporti giuridici*, in *Rivista di diritto societario*, 2014, 60 ss.; L. AMBRUNO, *Il caso Vale Epítési: ossia della circolazione societaria*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, 1133 ss.

validità di operazioni di trasformazione in cui sia la società trasformanda sia quella trasformata siano soggette al diritto ungherese.

*VALE Építési* propone allora ricorso per cassazione presso la Corte Suprema (*Legfelsőbb Bíróság*), lamentando una violazione del diritto europeo da parte della legge ungherese, nel momento in cui viene ignorata “la differenza fondamentale tra, da un lato, il trasferimento internazionale della sede sociale di una società senza cambiamento del diritto nazionale applicabile e, dall’altro, la trasformazione internazionale di una società”<sup>38</sup>, ossia proprio ciò che la CGUE evidenzia nel ricordato *obiter dictum* della sentenza *Cartesio*. La Corte Suprema ungherese non censura l’applicazione della legge di quello Stato operata dai Tribunali coinvolti nella vicenda, ritenuta anzi corretta, ma sottopone al giudice europeo una questione pregiudiziale relativa alla compatibilità della legislazione magiara con il diritto alla libertà di stabilimento sul punto della limitazione della legittimità di una operazione di trasformazione al solo caso in cui siano coinvolti solamente enti ungheresi, sottolineando a sua volta la diversità del caso *VALE Építési* rispetto a quello che aveva originato la sentenza *Cartesio*.

La Corte, nel suo approccio alla questione, nuovamente ribadisce i principi essenziali già espressi in *Daily Mail* e *Cartesio*, sottolineando la competenza esclusiva di ciascuno Stato membro nel decidere quali debbano essere le condizioni da soddisfare perché si abbia una società ai sensi della legislazione domestica<sup>39</sup>; nonché ricorda che anche con riferimento al diritto internazionale privato non esiste, allo stato, nel diritto dell’Unione “un’uniforme definizione delle società che possono beneficiare del diritto di stabilimento in funzione di un unico criterio di collegamento idoneo a determinare il diritto nazionale applicabile ad una società”<sup>40</sup>, rinviando quindi agli ordinamenti nazionali anche per la determinazione del criterio di collegamento.

Come seconda questione, e con importanza fondamentale ai fini che qui interessano, la CGUE evidenzia come, per suo costante orientamento, la trasformazione deve essere considerata come una operazione rientrante nell’ambito della libertà di stabilimento, e che non pregiudica la facoltà riconosciuta agli Stati membri di determinare li-

<sup>38</sup> Sentenza *VALE*, § 14.

<sup>39</sup> Sentenza *VALE*, § 27.

<sup>40</sup> Sentenza *VALE*, § 28, con citazione della sentenza del 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, C-371/10, punto 26 e giurisprudenza ivi citata.

beramente le condizioni per la venuta ad esistenza di un ente societario ai sensi della propria legge nazionale<sup>41</sup>.

La Corte, sulla scorta di proprie decisioni più risalenti, identifica la libertà di stabilimento, alla stregua del quale valutare il trasferimento della sede sociale all'estero di una società, come "l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile nello Stato membro ospitante. Essa presuppone, pertanto, un insediamento effettivo della società interessata in tale Stato e l'esercizio quivi di un'attività economica reale"<sup>42</sup>. In tale senso, il trasferimento all'estero, per essere tutelato ai sensi della libertà di stabilimento, non può essere fittizio, ma deve avere ad oggetto lo spostamento da un Paese membro ad un altro di una "attività economica reale" esercitata attraverso un "insediamento effettivo" nello stato di destinazione<sup>43</sup>. Nel caso di specie, non sono sollevati dubbi sul fatto che *VALE* intendesse realmente condurre in Ungheria una attività economica, per cui il caso in concreto rientrava effettivamente in una possibile restrizione della libertà di stabilimento.

Una volta premesso ciò, il cuore del giudizio della Corte verte sull'applicazione al caso concreto dei principi di equivalenza ed effettività. Quanto al primo profilo, che il legislatore nazionale deve considerare<sup>44</sup>, esso impedisce che, nel caso di specie, una trasformazione

<sup>41</sup> Sentenza *VALE*, §§ 30 ss.

<sup>42</sup> Sentenza *VALE*, § 34, citando la sentenza del 12 settembre 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, punto 54 nonché la giurisprudenza ivi citata.

<sup>43</sup> Tale definizione può creare problemi di compatibilità con altre pronunzie della CGUE, prima tra tutte la nota *Centros*, in cui il fatto che nello Stato di destinazione non venga svolta alcuna attività economica è derubricato a non rilevante (sentenza del 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd c. Erbvervs og Selskabsstyrelsen* (di qui innanzi, semplicemente: "Sentenza *Centros*", § 17). Per un tentativo di composizione tra i due diversi orientamenti, invero con sostanziale prevalenza dei principi espressi in *Centros*, sia consentito rinviare ad A. BARTOLACELLI, *Trasformazione transfrontaliera e la sentenza Polbud: corale alla fine del viaggio?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, II, spec. 441 ss.

<sup>44</sup> Cfr. § 48 della sentenza in discorso: "per costante giurisprudenza, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità intese a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, a condizione, tuttavia, che dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza)".

transnazionale sia trattata diversamente da una in cui siano coinvolte solo società appartenenti all'ordinamento giuridico dello Stato. Più nello specifico, non è richiesto un maggiore *favor* per le trasformazioni transfrontaliere comunitarie rispetto a quelle domestiche, bensì, semplicemente, che non vi sia discriminazione tra le due fattispecie<sup>45</sup>. In concreto, ove uno Stato membro ammetta e disciplini la trasformazione tra enti soggetti al proprio ordinamento, deve consentire a tale operazione anche in chiave transfrontaliera, e non solamente all'operazione in sé, ma pure agli oneri procedurali connessi, quale l'indicazione nel Registro delle imprese di un dante causa diverso da una società soggetta all'ordinamento giuridico di quel Paese<sup>46</sup>.

Con riferimento al principio di effettività, esso è da intendersi nel senso che le modalità riconosciute dall'ordinamento domestico per garantire "la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli in forza del diritto dell'Unione [...] non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"<sup>47</sup>. Ciò si sostanzia nell'obbligo, per lo Stato di destinazione, di "tenere conto, in occasione dell'esame di una domanda di registrazione di una società, dei documenti che promanano dalle autorità dello Stato membro d'origine che dimostrano che tale società ha effettivamente rispettato le condizioni poste da quest'ultimo, purché esse siano compatibili con il diritto dell'Unione"<sup>48</sup>. Nel caso concreto, dunque, essendo stata la società *VALE Costruzioni* validamente cancellata dal Registro delle imprese italiano, rispettando la normativa italiana sulla trasformazione, l'Ungheria ha il dovere di riconoscere tali documenti: se la procedura di trasformazione transfrontaliera è riconosciuta come corretta, per la sua fase che ha svolgimento in Italia, da parte delle autorità competenti italiane, le autorità ungheresi devono prenderne atto.

L'esame del caso si deve quindi sviluppare in due fasi. In primo luogo, si deve verificare la regolarità – a cura dello Stato membro di origine – della costituzione della società secondo le regole del Paese d'origine, il che determina per la società ciò che è la nazionalità per le

<sup>45</sup> Sentenza *VALE*, § 54.

<sup>46</sup> Sentenza *VALE*, §§ 41 e 56.

<sup>47</sup> Sentenza *VALE*, § 48.

<sup>48</sup> Sentenza *VALE*, § 61.

persone fisiche<sup>49</sup>; in secondo luogo, deve essere accertato lo Stato – diverso da quello di origine – in cui la società stabilisce la propria ubicazione effettiva, ossia – ove si consideri ciò congiuntamente con l'esame della nazionalità – ciò che determina la relazione transfrontaliera<sup>50</sup>.

I principi di cui si è detto possono in effetti vedere compressioni, ma solamente in casi specifici determinati da esigenze di interesse pubblico<sup>51</sup>. Mai, invece, nei termini di una proibizione generalizzata come quella che nel caso di specie si desume dall'ordinamento ungherese, in quanto il rispetto del principio di proporzionalità prevale sulla autonomia regolamentare riconosciuta ad ogni Stato membro<sup>52</sup>.

La sentenza *VALE*, dunque, mostra che, nel primo caso in cui la Corte ha effettivamente occasione di confrontarsi con una trasformazione transfrontaliera il suo intendimento – non sorprendentemente – non è diverso da quanto ipotizzato già nell'*obiter dictum* della sentenza *Cartesio*: la trasformazione internazionale costituisce una modalità di esercizio della libertà di stabilimento, in quanto vi sia esercizio di effettiva attività economica nello stato di destinazione, ed in quanto tale è tutelata dall'ordinamento europeo nei confronti di legislazioni nazionali che ne dovessero rendere l'esercizio più gravoso rispetto alla corrispondente operazione che veda il coinvolgimento di sole società soggette all'ordinamento *de quo*.

## 5. Segue. *La sentenza Polbud*

Una ulteriore conferma dei principi dettati da *Cartesio* e *VALE* viene dalla Corte nella soluzione, nel 2017, della controversia nel caso *Polbud*<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Con analogie derivanti dall'art. 54 TFUE e come già rilevato dalla CGCE nella sentenza del 10 luglio 1986, causa 79/85, *D. H. M. Segers contro Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, § 13; cfr. C. TEICHMANN, *Der grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif: das Urteil des EuGH in der Rs. Vale*, in *Der Betrieb*, 2012, 2085 ss., 2088.

<sup>50</sup> *Ivi*, 2088.

<sup>51</sup> Sentenza *VALE*, §§ 38-40; per le specifiche condizioni poste dalla sentenza *Gebhard*, v. *supra*, nt. 19.

<sup>52</sup> C. TEICHMANN, *Der grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif: das Urteil des EuGH in der Rs. Vale*, *op. cit.*, 2089.

<sup>53</sup> Sentenza del 25 ottobre 2017, causa C-106/16, *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*

Il caso in parola riguarda una società a responsabilità limitata di diritto polacco (*sp. z o.o.*) e esercente in Polonia la propria attività, che delibera, nel settembre 2011, un trasferimento della sede legale in Lussemburgo, accompagnata da una modifica della sua denominazione sociale, oltre che del modello societario di organizzazione da *Sp. z o.o.* polacca a *sàrl* lussemburghese.

Nel mese successivo, *Polbud* richiede ed ottiene dalle autorità polacche il nulla osta per l'inserimento nel Registro delle imprese polacco della annotazione relativa all'avvio della procedura di liquidazione, richiesto dalle leggi di quel Paese in caso di trasferimento della sede all'estero.

Oltre un anno e mezzo dopo, nel maggio 2013, la società *Consoil Geotechnik Sàrl*, con sede legale in Lussemburgo, adotta una delibera per dare attuazione alla deliberazione di *Polbud* del settembre 2011, relativo al suo trasferimento di sede in Lussemburgo, e facendo così a tutti gli effetti di *Consoil Geotechnik* l'avente causa di *Polbud*. "In base alla delibera del 28 maggio 2013, il trasferimento era efficace a tale data. Pertanto, il 28 maggio 2013 la sede legale della *Polbud* è stata trasferita in Lussemburgo, e detta società ha abbandonato la denominazione «*Polbud*» per assumere quella di «*Consoil Geotechnik*»<sup>54</sup>. Sulla base di ciò, *Polbud/Consoil Geotechnik* richiede nel giugno 2013 la cancellazione di *Polbud* dal Registro delle imprese polacco. La richie-

(di qui innanzi: "Sentenza *Polbud*"), su cui si v. C. TEICHMANN, R. KNAIER, *Grenz-überschreitender Formwechsel nach "Polbud". Die neue Umwandlungsfreiheit im Binnenmarkt*, in *GmbHR* 2017, 1314 ss.; F.M. MUCCIARELLI, *Trasformazioni internazionali di società dopo la sentenza Polbud: è davvero l'ultima parola?*, in *Società*, 2017, 1327 ss.; C. MALBERTI, *Corte di giustizia e trasferimenti transfrontalieri: riflessi di diritto europeo ed interno*, in *Notariato*, 2018, 98 ss.; L. BOGGIO, "Polbud": palla al "Centros"! Cerchio chiuso con la libertà di trasferire la sede all'estero, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 887 ss.; A. BARTOLACELLI, *Trasformazione transfrontaliera e la sentenza Polbud: corale alla fine del viaggio?*, *op. cit.*, 428 ss.; N. DE LUCA, A. GENTILE, F. SCHIAVOTIELLO, *Trasferimento della sede sociale all'estero ed effetto Delaware. Il caso Polbud*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, II, 454 ss.; F. PELLEGRINI, *Caso Polbud: modificare "lex societatis" è un diritto garantito dalla libertà di stabilimento*, *ivi*, 2018, II, 462 ss.; A. MUCHA, K. OPLUSTIL, *Redefining the Freedom of Establishment under EU Law as the Freedom to Choose the Applicable Company Law: A Discussion after the Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2017 in Case C-106/16, Polbud*, in *European Company and Financial Law Review*, 2018, 270 ss.

<sup>54</sup> Sentenza *Polbud*, § 10.

sta viene respinta, richiedendo a *Polbud*, al fine di procedere alla cancellazione, di presentare i documenti che attestassero l'avvenuto completamento della liquidazione della società, in quanto il nulla osta concesso riguardava la sola apertura della fase di liquidazione<sup>55</sup>. *Polbud* replica sostenendo che, essendo tuttora esistente, sia pure con denominazione diversa, come società di diritto lussemburghese, e dunque non essendosi sciolta, non vi è necessità di portare a termine la liquidazione come richiesto dal giudice del registro polacco. Nel settembre 2013, il giudice del registro rifiuta nuovamente di cancellare *Polbud* dal Registro, a causa della mancanza della documentazione citata.

*Polbud* impugna tale decisione di fronte al Tribunale di prima (*Sąd Rejonowy w Bydgoszczy* – tribunale circondariale di Bydgoszcz, Polonia) e di seconda istanza (*Sąd Okręgowy w Bydgoszczy* – tribunale regionale di Bydgoszcz, Polonia), i quali rigettano il ricorso da ultimo nel giugno 2014. A fronte dell'ultimo rigetto, *Polbud* investe della questione il *Sąd Najwyższy* (Corte suprema) in ricorso per cassazione.

Le motivazioni su cui si fonda il ricorso sono sia di tipo procedurale (mantenimento della personalità giuridica in capo a *Consoil Geotechnik* come avente causa di *Polbud*), sia sostanziali, contestando l'impossibilità di procedere ad una liquidazione da parte di una società ancora perfettamente esistente, sia pure non in Polonia. La Corte suprema polacca decide dunque di sottoporre alla CGUE alcune questioni pregiudiziali. Tutte e tre le questioni pregiudiziali presentate sono di interesse ai nostri fini.

In primo luogo, la Corte suprema polacca chiede alla CGUE “[s]e gli articoli 49 e 54 TFUE debbano essere interpretati nel senso che le restrizioni alla libertà di stabilimento includono l'ipotesi in cui una società, allo scopo di trasformarsi in una società di un altro Stato membro, trasferisce la propria sede sociale in quest'ultimo Stato senza

<sup>55</sup> “[I]n primo luogo, la delibera dell'assemblea con indicazione del nome del custode dei libri sociali e dei documenti dell'impresa disciolta, in secondo luogo i bilanci per il periodo dal 1° gennaio al 29 settembre 2011, dal 30 settembre al 31 dicembre 2011, dal 1° gennaio al 31 dicembre 2012, e dal 1° gennaio al 28 maggio 2013, sottoscritti dal liquidatore e dal soggetto incaricato della tenuta della contabilità, nonché, in terzo luogo, la delibera dell'assemblea dei soci che approvava il rapporto sulle operazioni di liquidazione”: Sentenza *Polbud*, § 11.

cambiare la sede dello stabilimento principale che rimane nello Stato di costituzione”<sup>56</sup>.

La seconda questione, che congloba anche la terza, riguarda la legittimità della normativa di uno Stato membro che subordini il trasferimento della sede legale all'estero al previo scioglimento e liquidazione della società, specificando come richiesta se tale procedura di liquidazione possa essere intesa come “una misura adeguata, necessaria e proporzionata a un interesse pubblico meritevole di tutela, qual è la tutela dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori della società migrante”<sup>57</sup>.

Ora, la risposta offerta dalla CGUE si rifà, per tutte le questioni, a principi già osservati in decisioni precedenti; nonostante ciò, può apparire per certi versi rivoluzionaria, soprattutto con riferimento al primo profilo. La Corte, infatti, stabilisce chiaramente che il fatto che sia richiesta nel Paese di destinazione anche la presenza della sede effettiva è questione che attiene unicamente al diritto nazionale, in quanto espressione del criterio di collegamento che ogni Stato membro è libero di definire a suo piacimento<sup>58</sup>. Invero la Corte sostiene che non solo non è necessario il trasferimento nel Paese di destinazione della sede effettiva, ma neppure di una qualunque attività economica, se così consentito dalla legislazione del Paese di destinazione<sup>59</sup>. Questo, pure richiamandosi alla già citata, celebre sentenza *Centros*<sup>60</sup>, cozza evidentemente con quanto previsto nella sentenza *VALE*, in cui la tutela

<sup>56</sup> Sentenza *Polbud*, § 18, n. 3.

<sup>57</sup> *Ibidem.*, n. 2.

<sup>58</sup> Sentenza *Polbud*, § 43, citando le sentenze *Daily Mail* e *VALE*.

<sup>59</sup> Sentenza *Polbud*, §§ 38 ss.

<sup>60</sup> Sentenza *Polbud*, § 38: “la Corte ha dichiarato che rientra nella libertà di stabilimento una situazione come quella in cui una società costituita secondo il diritto di uno Stato membro nel quale ha la sua sede sociale desidera creare una succursale in un altro Stato membro, quand’anche detta società sia stata costituita, nel primo Stato membro, al solo scopo di stabilirsi nel secondo, nel quale essa svolgerebbe l’essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche (v., in tal senso, Sentenza *Centros*, punto 17). Allo stesso modo, la situazione in cui una società costituita secondo la legislazione di uno Stato membro desidera trasformarsi in una società retta dal diritto di un altro Stato membro, nel rispetto del criterio stabilito dal secondo Stato membro ai fini del collegamento di una società al proprio ordinamento giuridico nazionale, rientra nella libertà di stabilimento, quand’anche detta società svolga l’essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche nel primo Stato membro”.

del principio della libertà di stabilimento era esplicitamente subordinato al fatto che nello stato di destinazione sia svolta una “attività economica reale” attraverso un “insediamento effettivo”<sup>61</sup>.

È probabile che la Corte si sia spinta nella motivazione oltre il punto cui voleva in realtà giungere; la questione pregiudiziale sottoposta dal giudice del rinvio si limitava alla richiesta se fosse coperto dalla libertà di stabilimento il trasferimento all'estero della sola sede legale, ma non di quella effettiva. Tale domanda, evidentemente, non richiede né implica che una attività economica della società trasferenda, sia pure non quella principale, sia svolta nel Paese di destinazione: la Corte, nella sua risposta, avrebbe potuto attenersi strettamente alla questione presentata, senza estendere la propria motivazione alla assenza nel Paese di destinazione di una qualunque attività economica. Facendolo – sia pure su impulso delle osservazioni presentate dal governo austriaco – affronta la questione, ponendosi in apparente frizione con la propria giurisprudenza precedente.

Rinviano ad altro contributo per i dettagli argomentativi<sup>62</sup>, pare in verità possibile rinvenire una lettura che consenta di conciliare le posizioni apparentemente divergenti. Ciò attraverso una valorizzazione della considerazione che, nel momento in cui una società decida di trasferire solamente la propria sede legale in altro Stato membro, senza modificare l'ubicazione di alcun sito produttivo, né stabilirne alcuno nello Stato di destinazione, e mantenendoli quindi nel Paese di origine, o persino altrove, lo stabilimento effettivo nel Paese di destinazione – ove la legislazione di tale Stato consenta che ci si possa limitare a questo – consisterà nella gestione, secondo le regole societarie del Paese di destinazione, della società e dei suoi siti produttivi, ovunque essi siano ubicati. Pur essendo vero che una simile lettura depotenzia in maniera oltremodo rilevante il requisito della persistenza nel Paese di destinazione di una “attività economica reale” svolta mediante uno “stabilimento effettivo”, rubricandola quasi a pseudorequisito, praticamente sempre ricorrente, sembra tuttavia una possibile alternativa alla conclusione che la Corte abbia, con quello che deve essere visto, in senso stretto, come un *obiter dictum* all'interno delle motivazioni della sen-

<sup>61</sup> Sentenza VALE, § 34.

<sup>62</sup> A. BARTOLACELLI, *Trasformazione transfrontaliera e la sentenza Polbud: corale alla fine del viaggio?*, op. cit., 441 ss.

tenza in discorso, operato un sostanziale *revirement* delle proprie consolidate posizioni.

Peraltro, anche ove non si dovesse convenire con la ricostruzione proposta, la decisione della Corte nel caso *Polbud* è evidentemente in linea con quanto già dalla Corte sostenuto nella sentenza resa relativamente al caso *Sevic*<sup>63</sup>, ove si sottolinea come (la fusione e, in generale) le operazioni straordinarie che modificano la società sono assai rilevanti modalità pratiche di esercizio della libertà di stabilimento<sup>64</sup>. Tali modifiche sono dalla Corte nella sentenza *Sevic* qualificate come “attività economiche”<sup>65</sup>, dando quindi luogo all’applicazione del principio della libertà di stabilimento. L’operazione modificativa transfrontaliera, dunque, non è fine a se stessa, bensì il mezzo di realizzazione dello scopo di modificare, attraverso il cambiamento di sede, la nazionalità della società<sup>66</sup>. E naturalmente, come già ampiamente osservato<sup>67</sup>, la definizione dei criteri per il riconoscimento della riconducibilità di una società ad un dato ordinamento spetta esclusivamente a quell’ordinamento, per cui nel momento in cui il registro lussemburghese riscontri la validità dello stabilimento/ricostituzione, in Lussemburgo, di *Consoil Geotechnik*, tale società ha piena legittimità in quell’ordinamento<sup>68</sup>. Attraverso questa interpretazione si valorizza la competenza degli Stati membri rispetto alla definizione dei criteri di collegamento<sup>69</sup>, fermo naturalmente restando che, nel caso concreto, nulla osta a che una società lussemburghese gestisca una attività in Polonia<sup>70</sup>.

Tornando alla questione principale, dunque, la sentenza *Polbud* chiarisce che la possibilità di trasferire la sede statutaria della società

<sup>63</sup> Sentenza 13 dicembre 2005, causa C-411/03, *SEVIC Systems AG* (di qui innanzi: Sentenza *Sevic*).

<sup>64</sup> C. TEICHMANN, R. KNAIER, *Grenzüberschreitender Formwechsel nach “Polbud”*. *Die neue Umwandlungsfreiheit im Binnenmarkt*, op. cit., 1318 s.

<sup>65</sup> Sentenza *Sevic*, § 19.

<sup>66</sup> C. TEICHMANN, R. KNAIER, *Grenzüberschreitender Formwechsel nach “Polbud”*. *Die neue Umwandlungsfreiheit im Binnenmarkt*, op. cit., 1318 s.

<sup>67</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>68</sup> C. TEICHMANN, R. KNAIER, *Grenzüberschreitender Formwechsel nach “Polbud”*. *Die neue Umwandlungsfreiheit im Binnenmarkt*, op. cit., 1318.

<sup>69</sup> Sentenza *Polbud*, § 44.

<sup>70</sup> C. TEICHMANN, R. KNAIER, *Grenzüberschreitender Formwechsel nach “Polbud”*. *Die neue Umwandlungsfreiheit im Binnenmarkt*, op. cit., 1319.

all'estero senza che la sede effettiva di essa sia modificata è effettivamente oggetto di tutela da parte del diritto europeo. Facendo ciò, evidentemente, la sentenza “apre” alla trasformazione transfrontaliera come modalità di continuazione, in modo ininterrotto, di una attività d'impresa “nel quadro di un'unica operazione” e “senza soluzione di continuità”<sup>71</sup>, come invece accadrebbe ove fosse richiesto dal diritto nazionale un previo scioglimento seguito da liquidazione<sup>72</sup>.

Proprio con riferimento a questa seconda questione, ovvero se sia legittimo che uno Stato membro imponga la previa liquidazione ad una società che intenda trasferire la propria sede all'estero, la risposta della Corte nuovamente segue la propria giurisprudenza costante<sup>73</sup> per ribadire che “devono essere considerati come restrizioni alla libertà di stabilimento tutti i provvedimenti che vietano, ostacolano o rendono meno attraente l'esercizio di tale libertà”<sup>74</sup>. Evidentemente, siccome le trasformazioni tra società soggette al diritto polacco non richiedono, per il loro perfezionamento, che si addivenga ad una previa liquidazione, la disposizione che al contrario la impone per le trasformazioni transfrontaliere è senza dubbio alcuno una restrizione<sup>75</sup>. Tale restrizione, da un punto di vista teorico, potrebbe essere riconosciuta come legittima dall'ordinamento europeo, se – come già ricordato – giustificata da motivi imperativi di interesse generale, idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non eccedente quanto necessario

<sup>71</sup> Sentenza *Sevic*, § 21.

<sup>72</sup> C. TEICHMANN, R. KNAIER, *Grenzüberschreitender Formwechsel nach “Polbud”*. *Die neue Umwandlungsfreiheit im Binnenmarkt*, op. cit., 1319.

<sup>73</sup> Sentenze 5 ottobre 2004, causa C-442/02, *CaixaBank France*, punto 11; 6 dicembre 2007, causa C-298/05, *Columbus Container Services*, punto 34; 23 ottobre 2008, causa C-157/07, *Krankenbeim Rubesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, punto 30; 15 aprile 2010, causa C-96/08, *CIBA*, punto 19; 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, C-371/10, punto 36.

<sup>74</sup> Sentenza *Polbud*, § 46.

<sup>75</sup> La soluzione, ineccepibile in punto di diritto, non poteva considerare, per carenza di legittimazione in tale senso da parte della Corte, il profilo sostanziale essenziale della vicenda, ossia che, imponendo la previa conclusione della liquidazione della società trasformanda, ciò che risulta dal trasferimento all'estero della società è nulla più che il trasferimento di una scatola vuota, di fatto vanificando la successione dei rapporti giuridici del dante causa in capo all'avente causa che costituisce esattamente la cifra peculiare dell'istituto della trasformazione.

per raggiungerlo<sup>76</sup>; nel caso di specie, non è così. Imponendo indiscriminatamente la previa liquidazione per ogni caso di trasformazione transfrontaliera, la legge polacca in realtà non ottiene – come invece dichiarato dalla Polonia nel processo – una tutela degli interessi di creditori, soci di minoranza e lavoratori, che astrattamente è ricompresa tra le ragioni imperative di interesse generale. Nelle stesse parole della Corte, va infatti “rilevato che tale normativa prevede, generalmente, un obbligo di liquidazione, senza tener conto del rischio effettivo di una lesione degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza e dei dipendenti e senza che sia consentito optare per misure meno restrittive capaci di salvaguardare detti interessi. Per quanto concerne, in particolare, gli interessi dei creditori, come rilevato dalla Commissione europea, la costituzione di garanzie bancarie o di altre garanzie equivalenti può offrire una tutela adeguata di tali interessi. Ne consegue che l’obbligo di liquidazione imposto dalla normativa nazionale di cui al procedimento principale va al di là di quanto necessario per raggiungere l’obiettivo della tutela degli interessi menzionati al punto 56 della presente sentenza”<sup>77</sup>.

E, infine, la richiesta di previa liquidazione non può essere giustificata con il contrasto a pratiche abusive di trasferimenti all'estero in cerca di ordinamenti con legislazioni più vantaggiose: ammettere ciò significherebbe in sostanza “fondare una presunzione generale di frode”<sup>78</sup>, rendendo comunque sproporzionata la misura della previa liquidazione.

La sentenza *Polbud*, dunque, potrebbe apparire come la meta del viaggio del pieno riconoscimento della legittimità della trasformazione transfrontaliera. Viene riconosciuto: (nuovamente) che il trasferimento di sede all'estero è certamente protetto dalla libertà di stabilimento; che esso è protetto dalla libertà di stabilimento anche senza che vi sia il trasferimento della sede effettiva, se il Paese di destinazione lo consente<sup>79</sup>; che non può essere trattato in maniera deteriore rispetto alla cor-

<sup>76</sup> V. *supra*, nt. 19.

<sup>77</sup> Sentenza *Polbud*, § 58 s.

<sup>78</sup> Sentenza *Polbud*, § 63. Sul tema si v. anche, da ultimo, K.E. SØRENSEN, *Free Movement in the EU and the Abuse of Companies*, in Birkmose, Neville, Sørensen (eds), *op. cit.*, 259 ss.

<sup>79</sup> Peraltro una curiosità rispetto alla vicenda *Polbud* è data dal fatto che il Paese di destinazione della società, ovvero il Lussemburgo, adotta comunque la teoria della

rispondente operazione che veda protagonista una società domestica; che in particolare non può essere imposta una liquidazione come condizione per il nulla osta alla trasformazione da parte dello Stato di origine. Potrebbe effettivamente sembrare che ogni questione sia risolta. Ma, è noto, il diavolo è nei dettagli.

## 6. *Un caso di trasformazione transfrontaliera dalla Germania all'Italia*

L'elaborazione giurisprudenziale in tema di trasformazione transfrontaliera chiarisce molte questioni interpretative rispetto ai profili di diritto europeo dell'operazione; lascia tuttavia diversi margini di dubbio con riferimento ai riflessi sul diritto sostanziale di alcuni profili procedurali tutt'altro che secondari.

Ciò risulta evidente da un caso deciso il 3 gennaio 2017 dall'*Oberlandesgericht* di Francoforte sul Meno<sup>80</sup>, di cui *infra* le caratteristiche essenziali. Al fine di apprezzare pienamente le questioni sottese, è tuttavia necessario ricordare alcuni significativi profili del diritto societario tedesco.

Innanzitutto, ai fini che qui interessano, è necessario sottolineare come non si diano nel diritto tedesco specifiche disposizioni in tema di trasformazione transfrontaliera applicabili in via generale; alcune regole alquanto specifiche sono tuttavia disponibili, come si vedrà tra breve.

Nel momento in cui, dunque, è necessario prendere in considerazione un caso che abbia ad oggetto tale materia, si rende indispensabile riflettere innanzitutto su quali interessi siano coinvolti, e se taluni di essi trovino una differente tutela ai sensi dell'ordinamento tedesco (come Paese di origine), ove confrontato con quello italiano (come Paese di destinazione, nel caso di specie).

Alcuni esempi chiariranno meglio la questione. Ove si considerino

sede reale, per quanto assai mitigata. Notizie maggiori in A. BARTOLACELLI, *Trasformazione transfrontaliera e la sentenza Polbud: corale alla fine del viaggio?*, *op. cit.*, 453 ss.

<sup>80</sup> Ci si riferisce alla sentenza dell'*Oberlandesgericht Frankfurt am Main* del 3 gennaio 2017, Az.: 20 W 88/15, ECLI:DE:OLGHE:2017:0103.20W88.15.0A, su cui si v. C. TEICHMANN, *Grenzüberschreitender Formwechsel kraft vorauseilender Eintragung im Aufnahmestaat?*, in *ZIP - Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2017, 1190 ss.

i soci, e in particolare quelli di minoranza, le tutele accordate dal legislatore tedesco per la presentazione, ad esempio, di azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, o di istanze per la dichiarazione di invalidità di specifiche delibere, sono equiparabili a quelle presenti nel diritto italiano?

Con riferimento ai creditori sociali, pur in costanza del contratto originario in ragione della successione dei rapporti giuridici tra trasformanda e trasformata, le modalità per fare valere il proprio credito in Germania sono da reputarsi equivalenti a quelle offerte dal legislatore italiano? La modifica del diritto nazionale cui la società è soggetta determina una potenziale modifica anche del livello di protezione accordato ai creditori.

E ancora, come sono tutelati gli interessi dei lavoratori? Certamente, ancora in ragione della successione universale dei rapporti giuridici, si dà un mantenimento del contratto originario, ma ciò attiene al solo profilo del diritto del lavoro. Da un lato, più empirico ma essenziale, è evidentemente centrale l'ubicazione del luogo di lavoro, ed il suo spostamento può comportare un grave pregiudizio per il lavoratore; dall'altro, più tecnicamente, quegli elementi, con riflesso diretto sui diritti dei lavoratori, ma non disciplinati dal diritto del lavoro, bensì da quello societario del Paese d'origine, non necessariamente sono oggetto di attenzione da parte del legislatore del Paese di destinazione. In questo, le peculiarità del diritto tedesco sono determinanti. In quel Paese, infatti, è assai frequente – quando non per legge obbligatorio – il ricorso all'istituto della cogestione – *Mitbestimmung* – ovvero il sistema per cui i lavoratori di una data società hanno il diritto a sedere, attraverso propri rappresentanti all'interno dell'organo di indirizzo della società, contribuendo a determinare le decisioni dello stesso<sup>81</sup>. Una simile possibilità, che è disciplinata dal diritto societario, e non da quello del lavoro, non si rinviene che in poche esperienze nazionali al di fuori di quella tedesca, e quindi un trasferimento della sede sociale al di fuori della Repubblica Federale Tedesca può sovente essere idoneo a pregiudicare il diritto dei lavoratori della società a partecipare alla governance della stessa.

Nonostante queste peculiarità – soprattutto l'ultima citata – come

<sup>81</sup> Per un approccio generale al tema si v. C. TEICHMANN, *Circumvention of Board Level Representation of Employees*, in Birkmose, Neville, Sørensen (eds), 86 ss.

già si è ricordato non vi sono nell'ordinamento tedesco norme generalmente applicabili alla trasformazione transfrontaliera per garantire una tutela specifica degli interessi diversi da quelli dei soci di maggioranza che abbiano deciso il trasferimento della sede.

Al contempo, tuttavia, vi sono perlomeno due norme, di derivazione europea, che si occupano del trasferimento di sede all'estero per ipotesi tra loro relativamente omogenee. Si tratta del trasferimento della sede di una *Societas Europaea* (*SE*)<sup>82</sup> e della ipotesi di fusione transfrontaliera, in cui il trasferimento all'estero della sede costituisce una conseguenza automatica nel caso in cui una società tedesca prenda parte alla fusione, e la società che deriva dall'operazione sia retta da un diritto nazionale diverso da quello tedesco<sup>83</sup>.

La norma in tema di *SE*, che attiene specificamente al trasferimento della sede all'estero, ma limitatamente a tale tipo sociale alla trasformazione transfrontaliera, fornisce uno spunto fondamentale proprio in ragione del carattere transnazionale dell'operazione sottostante, definendone la specifica procedura. I §§ 12, 13 e 14 della legge tedesca di applicazione del Regolamento sulla Società Europea (*SEAG*)<sup>84</sup>, specificando quanto previsto dall'art. 8 del Regolamento, prevedono che gli amministratori della società stilino un progetto di trasferimento, contenente informazioni specifiche anche sui diritti eventualmente previsti a tutela di soci e creditori e le implicazioni che il trasferimento avrebbe per il coinvolgimento dei lavoratori nella *SE*, che può essere esaminato da soci e creditori per un tempo congruo. Una volta decorsi due mesi dalla pubblicazione del progetto, i soci della *SE* possono deliberare sulla proposta, che necessita di una maggioranza qualificata per l'approvazione<sup>85</sup>. Nel diritto tedesco, conformemente a quanto richiesto dal Regolamento, sia ai soci che non abbiano concorso alla as-

<sup>82</sup> Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE) (di qui innanzi: "Regolamento SE"), di cui si v. in particolare l'art. 8.

<sup>83</sup> §§ 122a ss., *Umwandlungsgesetz* (legge sulle modifiche societarie, di qui innanzi *UmwG*), in tema di fusione transfrontaliera.

<sup>84</sup> *Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)*.

<sup>85</sup> Cfr. art. 8(6) Regolamento *SE*, che richiama l'art. 59 del medesimo testo normativo.

sunzione della delibera<sup>86</sup>, sia ai creditori<sup>87</sup> sono offerte, in talune circostanze, specifiche garanzie a protezione dei propri interessi; nel momento in cui, a seguito della approvazione della delibera di trasferimento, e dell'accertamento che "siano stati adeguatamente tutelati" gli interessi di "creditori e titolari di altri diritti nei confronti della SE"<sup>88</sup>, ai sensi dell'art. 8(8) Reg. 2157/2001 "un organo giurisdizionale, un notaio o un'altra autorità competente" nello Stato membro di origine, il che coincide, ai sensi del diritto tedesco, con il *Registergericht*<sup>89</sup>, rilascia un certificato che attesta che, nello Stato di origine, sono state adempiute tutte le formalità richieste per il trasferimento della sede della SE all'estero. Il Regolamento chiarisce che l'iscrizione nello Stato membro di destinazione solamente potrà avvenire "su presentazione del certificato" di cui si è detto, oltre che, naturalmente, solo quando siano rispettate le condizioni richieste per l'iscrizione della società nel Paese di destinazione<sup>90</sup>. In definitiva, quindi, già secondo il diritto europeo per il trasferimento di una SE è necessario, ai fini del completamento della procedura, che sia data la possibilità a quanti detengono un interesse specifico, di tutelarlo nelle modalità previste dalla disciplina nazionale del Paese di origine. Solamente ove tale tutela sia stata garantita, una autorità del Paese di origine dà, attraverso il certificato, il nulla osta al trasferimento, che si realizza compiutamente con l'iscrizione nel Paese di destinazione.

Analogamente alla disciplina appena osservata con riferimento al trasferimento all'estero della sede di una SE si danno nell'ordinamento tedesco regole specifiche in caso di fusione, ancora originate dalla disciplina europea che ha disciplinato nel 2005 la fusione transfrontaliera<sup>91</sup>, con le norme attualmente presenti all'interno della Direttiva codificata UE 2017/1132, artt. 118 ss. Il procedimento è anche in questo caso assai simile a quello osservato per la SE: l'organo amministrativo (in questo caso di ciascuna delle società che partecipano alla fusione)

<sup>86</sup> § 12(1) SEAG

<sup>87</sup> § 13 SEAG.

<sup>88</sup> Art. 8(7) Regolamento SE e § 13 (3) e § 14 SEAG.

<sup>89</sup> § 14 SEAG.

<sup>90</sup> Art. 8(9) Regolamento SE.

<sup>91</sup> Direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, il cui contenuto è oggi riversato nella Direttiva codificata agli artt. 118 ss.

predispone un progetto, che viene portato a conoscenza del pubblico perlomeno un mese prima della data dell'assemblea che deve decidere sulla fusione<sup>92</sup>; nella pubblicazione si deve dare specifica informazione, tra l'altro, rispetto alle "modalità d'esercizio dei diritti da parte dei creditori e dei soci di minoranza delle società che partecipano alla fusione, nonché l'indirizzo presso il quale si possono ottenere gratuitamente informazioni esaurienti su tali modalità"<sup>93</sup>. Oltre al progetto di fusione, gli amministratori devono inoltre redigere e mettere a disposizione di soci e lavoratori anche una specifica relazione. Una volta che tali formalità informative siano state adempiute, l'assemblea di ogni società partecipante alla fusione può procedere alla deliberazione. A questo punto, "l'organo giurisdizionale, il notaio o altra autorità competente" designata dallo Stato membro – per la Germania, ancora il *Registergericht* territorialmente competente<sup>94</sup> – dopo avere accertato che siano state rispettate le formalità richieste dalla legge – anche con riferimento alla protezione dei creditori e dei soci di minoranza – rilascia il certificato, che è necessario per il completamento del procedimento di fusione nello Stato di destinazione<sup>95</sup>. I principi generali della procedura, dunque, sono i medesimi già osservati nel trasferimento della sede di una *SE*<sup>96</sup>.

Il tutto, naturalmente, è dovuto al fatto che il legislatore, sia europeo che tedesco, ha mostrato di essere consapevole delle criticità derivanti a taluni soggetti (soci di minoranza, creditori, parzialmente lavoratori) legati alla società e che fanno affidamento per la tutela dei propri diritti sulla legislazione dello Stato membro di origine, nel momento in cui le loro ragioni sarebbero da fare valere secondo il differente ordinamento previsto nel Paese di destinazione. La protezione di tale affidamento è realizzata attraverso l'interruzione del processo, rispetti-

<sup>92</sup> Art. 123(1), Direttiva codificata.

<sup>93</sup> Art. 123(2)(c), Direttiva codificata. Per l'ordinamento tedesco, si v. la § 122i *UmwG* per la protezione dei soci di minoranza, e § 122j *UmwG* per la protezione dei creditori, in termini assai simili a quelli presenti nella *SEAG*.

<sup>94</sup> § 122k *UmwG*.

<sup>95</sup> Art. 128(2) Direttiva codificata.

<sup>96</sup> Differente, nelle due fattispecie, è invece il trattamento del tema della tutela della partecipazione dei lavoratori alla *governance* della società; esso trova una regolamentazione specifica nella ipotesi di fusione transfrontaliera (cfr. art. 133, Direttiva codificata), ma non nella *SE*. Su quest'ultimo aspetto si v. C. TEICHMANN, *Circumvention of Board Level Representation of Employees*, *op. cit.*, 94.

vamente di trasferimento di sede e di fusione, nel caso in cui tali interessi non siano stati dalla società tutelati, e quindi l'autorità competente non abbia rilasciato il certificato che consente la prosecuzione della procedura nel Paese di destinazione. Questo sistema, tra l'altro, fa sì che ogni Registro nazionale verifichi solamente la parte di procedura in cui è direttamente coinvolto il proprio ordinamento giuridico, mentre il Registro del Paese di destinazione fa affidamento – sulla base del principio di cooperazione tra Registri – sul certificato rilasciato dal corrispondente ufficio del Paese di origine, per quanto riguarda il rispetto delle formalità previste dall'ordinamento di quel Paese<sup>97</sup>.

Il caso giurisprudenziale cui si faceva riferimento e deciso dalla corte regionale di Francoforte (*Oberlandesgericht Frankfurt am Main*, di qui innanzi *OLG Frankfurt/M*) nel gennaio 2017 riguarda una *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (*GmbH*, il tipo societario tedesco corrispondente alla s.r.l. italiana), i cui soci deliberano, nel settembre 2014, la trasformazione della società in s.r.l. italiana, ed il trasferimento della sede sociale a Roma. A seguito della delibera, la società richiede l'annotazione, nel Registro tedesco, della nuova sede italiana, unitamente al cambiamento del tipo sociale. In tre diverse occasioni, il Registro tedesco rifiuta l'annotazione, allegando come motivazione il fatto che dovessero essere seguite dalla società le procedure previste per la trasformazione di diritto interno, unica fattispecie di trasformazione effettivamente riconosciuta dal diritto positivo di quel Paese. Nonostante il rifiuto di iscrizione opposto dal Registro tedesco, la società procede ugualmente, nel novembre 2014, ad iscriversi nel Registro italiano, apparentemente senza che questi manifesti alcuna riserva. Quando, nel febbraio 2015, giunge l'ultima comunicazione di rifiuto di iscrizione della nuova sede da parte del Registro tedesco, la società

<sup>97</sup> Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 18 aprile 2019 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere (COM(2018)0241 – C8-0167/2018 – 2018/0114(COD)), P8\_TA-PROV(2019)0429, approvata in prima lettura dal Parlamento europeo il 18 aprile 2019, il cui testo è disponibile all'URL [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0429\\_IT.html#title2](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0429_IT.html#title2), e di qui innanzi: "Proposta fusioni, scissioni, trasformazioni 2019". Nelle more di pubblicazione di questo lavoro la direttiva è effettivamente stata pubblicata (Direttiva (UE) 2019/2121 del Parlamento europeo e del consiglio del 27 novembre 2019), ma essendo il lavoro già in bozza non è stato possibile tenerne compiutamente conto.

ricorre all'*OLG Frankfurt/M* lamentando che il provvedimento del Registro violerebbe le norme europee sulla libertà di stabilimento, ed i principi dettati su tale materia in particolare dalla sentenza *VALE*.

Sopraspedendo in questa sede ad una puntuale analisi della pronuncia giurisprudenziale citata, basti riconoscere che *OLG Frankfurt/M* ha riconosciuto le ragioni della società attrice, in quanto ritenute meritevoli di tutela. In particolare, applicando una specifica norma dell'ordinamento tedesco<sup>98</sup>, ai sensi della quale l'iscrizione nel registro di destinazione ha l'effetto di sanare vizi che si siano verificati nelle fasi precedenti della procedura, il giudice tedesco ha ritenuto che l'iscrizione della società nel Registro delle imprese italiano esplicasse, in virtù del principio di equivalenza su cui la CGUE già aveva riflettuto nella sentenza *VALE*, le medesime conseguenze che avrebbe avuto l'iscrizione della società trasformata in un altro Registro tedesco.

Le osservazioni preliminarmente svolte, tuttavia, dovrebbero avere mostrato con sufficiente chiarezza come tale argomentazione sia da considerarsi errata. Anche evitando di prendere in questa sede posizione sui profili procedurali della vicenda<sup>99</sup> e che non possono tuttavia prescindere dalla considerazione che la CGUE si è già espressa in merito alla necessità, in caso di trasformazione, di una "consecutiva applicazione di due diritti nazionali"<sup>100</sup>, l'impressione è che, nel desiderio

<sup>98</sup> § 202 *UmwG*.

<sup>99</sup> Sulla qual questione le opinioni degli autori non sono perfettamente convergenti; si rinvia a riguardo ad un nuovo saggio congiunto di prossima pubblicazione, che sarà proposto alla Rivista *rivistaodc.eu*. Sin d'ora si segnala che ad avviso di C. TEICHMANN, *Grenzüberschreitender Formwechsel kraft vorauseilender Eintragung im Aufnahmestaat?*, *op. cit.*, 1191, la realizzazione in pratica della procedura di trasformazione transfrontaliera, anche in assenza di una specifica normativa a riguardo, deve seguire, per identità di *ratio*, le regole stabilite e vigenti per la fusione transfrontaliera, per cui il Registro del Paese di origine sarà tenuto ad emettere una certificazione rispetto all'aver condotto una verifica preliminare del rispetto delle condizioni poste dal Paese membro di origine, ed in assenza di tale certificazione la procedura non potrà essere completata nel Paese di destinazione, rendendo quindi impossibile l'iscrizione nel Registro del Paese di arrivo. Sulla base di ciò, è opinione dell'A. che la mancanza di maggiore rilievo nell'ambito della vicenda descritta sia da imputarsi al Registro italiano, il quale ha provveduto all'iscrizione senza richiedere la presentazione alcun "nulla osta" promanante dal Registro tedesco.

<sup>100</sup> Sentenza *VALE*, § 37, come rilevato anche da C. TEICHMANN, *Grenzüberschreitender Formwechsel kraft vorauseilender Eintragung im Aufnahmestaat?*, *op. cit.*, 1191.

di dare luogo ad una pronuncia il più possibile aderente ai principi espressi dalla CGUE, *OLG Frankfurt/M* finisce per essere “più papista del Papa”, non riuscendo a riconoscere una evidente differenza tra una seconda registrazione con efficacia sanante in Germania invece che in un Paese diverso<sup>101</sup>.

In effetti, la funzione sanante del § 202 *UmwG* è perfettamente chiara e comprensibile nel caso di una trasformazione domestica, in maniera simile a quanto per l'ordinamento italiano è previsto dall'art. 2500-*bis* c.c.: essa è volta a consentire alla società trasformata d'esser certa che non sussistano dubbi sul proprio procedimento palingenetico, a beneficio della società stessa e di quanti hanno a che fare con essa. Ciò, tuttavia, in quanto la società, sia prima che dopo la trasformazione, è comunque soggetta al medesimo ordinamento giuridico: i soggetti in contatto con la società non modificano né la sostanza del loro interesse, né le modalità di esercizio delle proprie tutele dopo che la trasformazione è avvenuta.

Non così nel caso di specie, in cui si modifica l'ordinamento giuridico che regge la società; e nel caso di specie, per limitarsi al profilo più evidente, ove la società in Germania fosse stata soggetta ad una forma di cogestione del lavoratori, sulla base del diritto italiano tale diritto di partecipazione alla gestione della società non avrebbe potuto essere riconosciuto ai dipendenti della trasformata.

Ora, in concreto ciò non rilevava, in quanto la società trasformanda non risultava essere soggetta ad un regime di cogestione, né ciò risulta dalla sentenza. Ma è altrettanto vero che l'argomentazione sviluppata da *OLG Frankfurt/M* potrebbe essere utilizzata dal *management* di società con pochi scrupoli in occasione di future operazioni di trasformazione transfrontaliera proprio per liberarsi della presenza di lavoratori negli organi gestori, il che pare assolutamente ultroneo<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> E questo nonostante la questione specifica della inapplicabilità nel caso di specie del § 202 *UmwG* fosse stata sollevata, nelle proprie osservazioni, anche dallo stesso *Registergericht* nella sua risposta al ricorso presentato dalla società.

<sup>102</sup> D'altra parte si è rilevato come la effettiva presenza o meno di portatori di interesse non può essere verificata se non all'esito del processo di trasformazione, e non in via aprioristica: C. TEICHMANN, *Grenzüberschreitender Formwechsel kraft voraussehlender Eintragung im Aufnahmestaat?*, op. cit., 1193.

## 7. Conclusioni

Tutto quanto precede, naturalmente, in assenza di una specifica regolamentazione delle trasformazioni transfrontaliere a livello europeo, o perlomeno nazionale.

Nel momento in cui si scrive, una proposta di direttiva volta ad emendare la Direttiva (UE) 2017/1132 attraverso, tra l'altro, l'inserzione di una apposita sezione dedicata alla trasformazione transfrontaliera risulta essere alle soglie della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea<sup>103</sup>. Senza addentrarsi in un esame del provvedimento come allo stato disponibile, si deve tuttavia notare che lo spirito che anima l'intervento innovatore è assai simile a quello riscontrabile con riferimento alla fusione transfrontaliera, per cui vi è una prima fase caratterizzata dalla preparazione di un progetto da parte della società trasformanda<sup>104</sup> e da una successiva relazione a soci e dipendenti<sup>105</sup>. Il progetto deve essere pubblicato nel Registro dello Stato di origine almeno un mese prima della data dell'assemblea chiamata a deliberare sulla trasformazione<sup>106</sup>. Sono date specifiche tutele a soci di minoranza<sup>107</sup> e creditori<sup>108</sup>, invero simili a quelle previste per i casi di trasferimento all'estero della sede della *SE* e di trasformazione transfrontaliera. E soprattutto è disciplinata in dettaglio la questione della protezione dei lavoratori e del loro coinvolgimento nella gestione della società, sia in termini informativi<sup>109</sup>, che reali rispetto alla tutela della partecipazione dei lavoratori alla gestione analoga nel Paese di destinazione rispetto a quella di cui essi godevano nel Paese di origine<sup>110</sup>. Una volta che le procedure volte a proteggere i soggetti menzionati siano state completamente esaurite nel Paese di origine, l'autorità

<sup>103</sup> V. *supra*, nt. 84.

<sup>104</sup> Cfr. nella Proposta fusioni, scissioni, trasformazioni 2019 la proposta di nuovo art. 86-*quinquies*, in cui, nella versione consultata, ancora erroneamente si discorre di scissione, in luogo di trasformazione. Si noti che invece, nella versione in lingua inglese riportata, ad esempio, in [www.rivistaodc.eu](http://www.rivistaodc.eu), 1/2019, la proposta di art. 86d correttamente discorre di "cross-border conversion".

<sup>105</sup> *Ivi*, proposta di art. 86-*sexies*.

<sup>106</sup> *Ivi*, proposta di art. 86-*nonies*.

<sup>107</sup> *Ivi*, proposta di art. 86-*undecies*.

<sup>108</sup> *Ivi*, proposta di art. 86-*duodecies*.

<sup>109</sup> *Ivi*, proposta di art. 86-*duodecies bis*.

<sup>110</sup> *Ivi*, proposta di art. 86-*terdecies*.

competente designata da quest'ultimo può rilasciare il certificato preliminare alla trasformazione<sup>111</sup> che, analogamente a quanto accade nei casi di *SE* e di fusione transfrontaliera, consente che l'operazione si possa perfezionare nello Stato di destinazione<sup>112</sup> con l'affidamento che l'intera fase procedimentale svolta nello Stato di origine si sia svolta correttamente. Una volta terminata la procedura, il che avviene attraverso la registrazione della trasformata nel Registro dello Stato di destinazione<sup>113</sup>, non può più essere pronunciata la nullità della trasformazione<sup>114</sup>.

In generale, dunque, per quanto si potesse ritenere che la giurisprudenza della CGUE avesse già sufficientemente trattato il tema della trasformazione transfrontaliera, da un lato il riferito caso tra Germania ed Italia, e dall'altro la proposta citata di regolamentazione della materia all'interno della Direttiva codificata rendono evidente come il lavoro non fosse ancora del tutto compiuto, ma fossero necessarie, se non altro, norme procedurali che favorissero lo svolgimento dell'operazione. È auspicabile, a questo punto, che la prossima regolamentazione della trasformazione transfrontaliera a livello comunitario riesca a colmare anche le ultime lacune rimaste, per il bene di un principio di libertà di stabilimento che sia, oltre che effettivo, anche rispettoso delle diverse sensibilità e tradizioni giuridiche degli Stati membri.

<sup>111</sup> *Ivi*, proposta di art. 86-*quaterdecies*. Il procedimento è in questo caso più dettagliato di quanto accada nelle restanti ipotesi che si sono considerate e vedono la presenza di un certificato preliminare. L'articolo relativo, infatti, dispone che la valutazione da parte dell'organo competente deve essere effettuata entro tre mesi dal ricevimento dei documenti e dalla notizia di approvazione della delibera di trasformazione, e che, in caso di esito negativo del controllo, possa essere consentito alla società di "soddisfare le condizioni applicabili o di espletare le procedure e formalità entro un lasso di tempo adeguato".

<sup>112</sup> *Ivi*, proposta di artt. 86-*sexdecies* e 86-*septdecies*.

<sup>113</sup> *Ivi*, proposta di art. 86-*octodecies*, nel quale si prevede che la cancellazione dal Registro del Paese di origine avvenga solamente dopo che sia stata effettuata la registrazione nello Stato di destinazione, il cui Registro cura di comunicare l'avvenuta presa di efficacia della trasformazione al Registro di origine, che deve depennare immediatamente la società (para. 3), menzionando nel fascicolo relativo che tale atto è conseguenza di trasformazione transfrontaliera [para. 2(c)].

<sup>114</sup> *Ivi*, proposta di art. 86-*duovicies*.



## L'applicabilità della normativa sulla responsabilità da reato degli enti alle società estere prive di articolazioni organizzative in Italia

Andrea Francesco Tripodi \*

SOMMARIO: 1. L'inquadramento del problema. – 2. Le indicazioni del d.lgs. n. 231 del 2001 e non solo. – 3. La soluzione nel codice penale. – 4. L'integrazione del d.lgs. n. 231 del 2001 *nel* o *col* diritto penale. – 5. Dall'*an* al *quomodo*: il grado di esigibilità organizzativa e il diritto di difesa.

### 1. L'inquadramento del problema

Si tratta di stabilire se, in presenza di un reato-presupposto della responsabilità prevista dal d.lgs. n.231 del 2001, commesso in Italia da un soggetto che “appartenga” a un ente “straniero” e che abbia agito nell' *interesse* o a *vantaggio* di quest'ultimo, possa ritenersi responsabile ai sensi della richiamata normativa *anche* l'ente di appartenenza, benché risulti sprovvisto di snodi organizzativi sul territorio italiano.

Si intuisce la delicatezza del tema per gli effetti sul piano politico-economico che si possono determinare. Semplificando, a seconda della soluzione prescelta, gli enti esteri potrebbero essere indotti a non investire in Italia in ragione dei rischi penali (ovvero dei costi per prevenirli) che vi si accompagnano oppure avvantaggiati in un'ottica concorrenziale rispetto a quelli italiani, tenuti a sopportare i costi collegati alla previsione della responsabilità da reato che li riguarderebbe *esclusivamente*. Senza contare, poi, in questo secondo caso, lo stesso rischio di *forum shopping*, che ci riporta al tema del seminario nel cui ambito questo contributo si inserisce. Le imprese italiane, per evitare i poc'anzi richiamati costi, potrebbero decidere di collocare la propria sede e i propri stabilimenti all'estero, così eludendo l'orbita applicativa del decreto.

Val la pena segnalare subito che i tracciati giurisprudenziali (di merito) riflettono un'assoluta convergenza sulla legittimità della *corre-*

\* Professore Associato di Diritto Penale, Università degli Studi di Macerata.

*sponsabilizzazione* dell'ente straniero, sia pure all'esito di una faticosa ricerca di riferimenti positivi interni al decreto, che, in sé considerati, risultano non pienamente persuasivi, necessitando del supporto di un processo "osmotico" col diritto penale (dell'individuo), pur evocato (sebbene non approfondito) nelle stesse pronunce.

## 2. Le indicazioni del d.lgs. n. 231 del 2001 e non solo

Il tema dell'applicabilità della normativa *nello spazio* è affrontato espressamente nel Decreto con riferimento all'ipotesi, eguale e contraria a quella di nostro interesse, del reato commesso all'estero da un soggetto "appartenente" a un ente italiano. Ed è risolto in maniera coerente con le linee (ideologiche) di fondo proprie della disciplina codicistica: secondo cioè una proiezione *tendenzialmente* universalistica della nostra legge punitiva<sup>1</sup>, che, nel sistema degli enti, dovrebbe trovare riscontro nel regime dell'extraterritorialità previsto nell'art. 4<sup>2</sup>. In base a questa disposizione gli enti aventi la sede principale nel nostro Paese rispondono dei reati commessi all'estero al ricorrere delle condizioni indicate: in particolare, quelle di cui agli artt. 7, 8, 9 e 10 c.p., per via delle quali si ripropone la disciplina dettata per i reati commessi dall'estero dalle persone fisiche, necessariamente filtrata dalle specificità della disciplina dettata per la responsabilità degli enti<sup>3</sup>;

<sup>1</sup> Sul tema, per tutti, A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, Torino, 2006, cap. I; M. TRAPANI, *Legge penale. II) Limiti spaziali*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Roma, 2; R. BORSARI, *I limiti personali e spaziali all'obbligatorietà della legge penale nazionale*, in AMBROSETTI, COCCO (a cura di) *La legge penale*, in *Trattato breve di diritto penale* (diretto da Ambrosetti- Cocco), vol. I, Padova, 2016, 164 ss.

<sup>2</sup> In questo senso S. MANACORDA, *Le «frontiere» del *societas delinquere* non potest. Limiti all'applicazione nello spazio della legge italiana sulla responsabilità da reato degli enti collettivi*", in *La responsabilità «penale» degli enti*, di F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2016, 175, il quale chiude il cerchio, evidenziando come il complementare regime della territorialità vigerebbe, grazie all'opera giurisprudenziale, rispetto all'ipotesi speculare della responsabilità dell'ente straniero per il reato commesso in Italia.

<sup>3</sup> Si veda, per tutti, G. FIDELBO, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero*, in *Jus*, 2011, 1-2, 249 ss.; e, da ultimo, G. BAFFA, F. CECCHINI, *Limiti spaziali di validità della responsabilità "da reato" degli enti: applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 all'ente "italiano" per reato commesso all'estero e all'ente*

quella, negativa, collegata all'esigenza di evitare la doppia incriminazione, secondo cui occorre che nei confronti dell'ente non proceda lo Stato del *locus commissi delicti*<sup>4</sup>; infine, quella che subordina la procedibilità alla formulazione della richiesta del Ministro di Giustizia anche nei confronti dell'ente, quando questa risulti necessaria perché si proceda nei confronti dell'autore del crimine.

Discorso a parte merita, per la sua significatività anche ai fini della nostra riflessione, l'ulteriore condizione riposta nella necessità che l'ente abbia in Italia la propria sede principale; da intendersi, quest'ultima, conformemente alla giurisprudenza che mira a evitare facili elusioni<sup>5</sup>, in senso sostanziale e non formale, ossia come centro di prevalente, *effettivo svolgimento dell'attività amministrativa di direzione e organizzazione dell'ente*<sup>6</sup>. La previsione, che segna un discostamento in chiave restrittiva rispetto alla parallela disciplina della punibilità della persona fisica per le ipotesi in cui – *ex art. 7 c.p.* – non si richiede la relativa presenza nel territorio dello Stato (e correlativamente, riproduce il requisito della presenza del cittadino nel territorio dello Stato contenuta negli artt. 9 e 10 c.p.), risponde all'esigenza di rendere coerente la regolamentazione dell'applicabilità della normativa *nello spazio* con la disciplina della dinamica imputativa del reato all'ente – *costituzionalmente orientata* – di cui agli artt. 5, 6 e 7 del decreto<sup>7</sup>. La lacuna organizzativa, in cui si sostanzia quell'autonoma forma di colpevolezza ritagliata sulle prerogative della *societas*, la quale impedisce la deriva del sistema verso forme di responsabilità oggettiva mascherata dietro la “finzione” dell'immedesimazione organica (pur sempre operante sul piano oggettivo)<sup>8</sup>, funge, in ultima analisi, anche da elemento di

“straniero” per reato commesso in Italia, in *Giurisprudenza Penale web*, 2018, 7-8, 2ss.

<sup>4</sup> Su tale clausola come «versione anticipata» del *ne bis in idem*, dove cioè l'efficacia preclusiva è riferita alla semplice litispendenza e non alla decisione definitiva, si veda S. MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, 101.

<sup>5</sup> Per tutte, Cass., 6 novembre 2014, n. 23719.

<sup>6</sup> Per tutti, L. PISTORELLI, *Profili problematici della responsabilità internazionale degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio*, *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 15.

<sup>7</sup> In questo senso S. MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, *op. cit.* 106-107.

<sup>8</sup> Sulla teorizzazione della colpevolezza organizzativa, tra i principali contributi nella letteratura italiana, senza pretesa di esaustività, in ordine di tempo, C. E. PALIE-

connessione capace di arrestare un assoluto processo di *universalizzazione* della nostra legge punitiva degli enti.

È parso, cioè, ragionevole e coerente con l'impianto nucleare della disciplina riconoscere l'estraneità al nostro ordinamento di fatti criminali *materialmente* realizzati all'estero e generati da *organizzazioni aziendali difettose o ad essi funzionali* non radicate nel nostro Paese<sup>9</sup>.

Posto ciò, non convince la tesi secondo cui *a fortiori* lo stesso art. 4 del decreto conterrebbe implicitamente la regola di disciplina per l'ipotesi del reato commesso in Italia imputabile all'ente con sede esclusiva all'estero. In questa direzione di senso, si è concluso che se, come avviene, la disciplina della corresponsabilizzazione dell'ente vale quando il reato è commesso all'estero, con evidente marcatura della sua dimensione universale, tanto più essa dovrà applicarsi in ogni caso in cui il reato-presupposto di tale responsabilità sia commesso in Italia<sup>10</sup>. Invero, le due ipotesi in esame, se si muove dalla logica che in-

RO, C. PIERGALLINI, *La colpa in organizzazione*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 3, 167 ss.; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Ets, Pisa, 2012, *passim*; M. N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, *passim*; C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University Press, Bologna, 2013, 171ss.; E. VILLANI, *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato*, Jovene, Napoli, 2016, *passim*; A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Dall'utile al giusto*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*; C. E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2018, 175 ss. Sull'architettura della disciplina italiana tra fondamento organico e colpevolezza organizzativa, si rinvia a G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, *op. cit.*, cap. V.

<sup>9</sup> In questo senso G. FIDELBO, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero*, *op. cit.*, 252.

<sup>10</sup> Così, in dottrina, G. RUGGIERO, *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sulla efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivante da reato*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2004, 990 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008, 143, il quale nota come sarebbe strano ammettere che il legislatore «dopo aver recepito l'ampia dimensione di universalità risultante dagli artt. da 7 a 10 c.p.» abbia rinunciato «all'elementare principio di territorialità nei confronti delle persone giuridiche "straniere"». Cfr. anche L. PISTORELLI, *I principi generali*, in A. GIARDA, E. M. MANCUSO, G. SPANGHER, G. VARRASO (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Ipsoa, Milano, 2007, 31 ss.

forma la normativa nella sua componente nucleare (vale a dire, la dinamica imputativa del reato all'ente) e che risulta trasfusa nel requisito della sede principale assunto come "condizionante" dall'art. 4, non sembrano assimilabili o comunque accomunabili sotto l'egida di una medesima matrice concettuale.

Diversamente, se proprio si volesse derivare dalla disposizione di cui all'art. 4 una qualche indicazione circa la regolamentazione della fattispecie direttamente sotto la nostra lente, si dovrebbe piuttosto concepire l'elemento di connessione spaziale individuato nella sede principale dell'ente, dove cioè si dipana la sua attività organizzativa, come un argomento favorevole alla conclusione opposta a quella poc'anzi riportata<sup>11</sup>: nel senso che, in assenza di articolazioni organizzative sul nostro territorio, l'ente straniero non potrebbe essere assoggettato alla disciplina dettata dal decreto. Ed è appunto questo l'approdo di chi ha posto l'accento sulla centralità riconosciuta, nella configurazione della responsabilità dell'ente, ai profili di tipicità soggettiva dell'illecito: che si risolvono nell'inottemperanza a una regola cautelare di tipo organizzativo, la quale non può che verificarsi – e dunque localizzarsi – nel luogo dove l'ente ha la sede<sup>12</sup>.

Approdo che, peraltro, allineerebbe il "penale" degli enti con l'omologo "civile", attesa la rilevanza accordata dal sistema italiano di diritto internazionale privato al dato (per così dire) "strutturale"<sup>13</sup>, e

In giurisprudenza, T. Lucca, 31 luglio 2017 n. 222, decisione che possiamo considerare come la *summa* delle argomentazioni di volta in volta utilizzate dalla giurisprudenza a sostegno dell'applicabilità del decreto agli enti esteri privi di articolazioni organizzative in Italia per i reati ivi commessi.

<sup>11</sup> Nello stesso senso già P. M. GEMELLI, *Società con sede all'estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex d.lgs. 231/2001: compatibilità e incompatibilità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 4, 14 ss.; E. STAMPACCHIA, "La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero", in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 ottobre 2013, 17.

<sup>12</sup> Cos, E. AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 1294 ss.; A. CARMONA, *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Scritti in onore di S. Moccia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, 427; e, sia pure in maniera dubitativa, O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano 2010, 45.

<sup>13</sup> L'art. 25, l. 31 maggio 1995, n. 218, prevede, da un lato, che le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente pubblico o privato, anche se privo di natura

sopirebbe le pur non decisive preoccupazioni emerse con riferimento all'eventuale lesione di principi eurounitari<sup>14</sup>.

L'art. 4 non è l'unica disposizione del decreto su cui la giurisprudenza ha fatto leva per affermare la tesi "estensiva".

Altro riferimento normativo, valorizzato in maniera sovrabbondante, è l'art. 34, il cui disposto, nel conferire rilevanza alle norme del codice di procedura penale in quanto compatibili, rinvia anche all'art. 1 c.p.p. e dunque al principio della giurisdizione italiana<sup>15</sup>. Invero, non si vede come questa disposizione, che stabilisce chi esercita la giurisdizione penale nel nostro ordinamento e secondo quali norme, possa

associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione societaria, e, dall'altro, che può trovare applicazione la legge italiana solo se la sede dell'amministrazione è situata in Italia ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale degli affari.

Si è osservato come tale disciplina enucleerebbe un principio che non potrebbe che valere per il sistema punitivo degli enti nell'ipotesi in cui questo fosse da ritenersi lacunoso *in parte qua* (A. CARMONA, *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, op. cit., 428). D'altra parte, il disallineamento tra i due sistemi, col conseguente slancio maggiormente universalistico di quello penale, non dovrebbe implicare discrasie sul piano dei rapporti tra diverse tipologie sanzionatorie, potendo rispondere alle prerogative pubblicistiche della legge punitiva.

<sup>14</sup> A venir in rilievo su questo piano sarebbe l'ipotizzato contrasto con la libertà di prestazione di servizi e di stabilimento (artt. 49 e 54 TFUE) dell'obbligo di adozione del modello di organizzazione e gestione ex art. 6 del decreto, che verrebbe *sostanzialmente* imposto dal legislatore italiano all'ente straniero per evitare le gravose conseguenze della responsabilità da reato (S. BARIATTI, *L'applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2006, 827 ss.; E. STAMPACCHIA, *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, op. cit., 15). Tuttavia, il rilievo può ritenersi superabile: da un lato, attraverso la valorizzazione dei profili di prevenzione di sfere di criminalità particolarmente gravi ravvisabili nella normativa italiana, che consentono ex art. 52 TFUE, nel rispetto dei canoni della proporzionalità e di idoneità a garantire il conseguimento dello scopo, di giustificare una restrizione delle libertà eurounitarie (così G. BAFFA, F. CECCHINI, *Limiti spaziali di validità della responsabilità "da reato" degli enti: applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 all'ente "italiano" per reato commesso all'estero e all'ente "straniero" per reato commesso in Italia*, op. cit., 20); dall'altro, ponendo l'accento sull'elusione della normativa italiana che si accompagnerebbe all'estromissione degli enti esteri e, conseguentemente, sulla violazione del principio comunitario di non discriminazione (così M. ANGELINI, *Art. 4*, in A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n.231*, Cedam, Padova, 2008, 93 ss.).

<sup>15</sup> Cfr. T. Milano, Ufficio Gip, ord. 13 giugno 2007; T. Lucca, 31 luglio 2017, cit.

servire a definire il regime di applicabilità del d.lgs. 231 del 2001 nello spazio.

Ulteriore rinvio normativo interno al decreto, comparso nelle posizioni giurisprudenziali, è quello all'art. 1, disposizione che, nell'identificare con gli enti tipologicamente connotati i soggetti destinatari della disciplina, non opererebbe alcuna distinzione circa la loro nazionalità, ricomprendendo quindi nel novero pure quelli "stranieri"<sup>16</sup>. Anche qui, però, la presunta ricomprensione degli enti "stranieri" non può che apparire ultronea rispetto alla delimitazione del raggio della disciplina sul piano dei soggetti.

In più occasioni si è fatto leva sul dettato dell'art. 36, la norma che attribuisce la competenza a decidere le sorti dell'ente al giudice penale del reato presupposto: sicché – se ne è dedotto – il *locus commissi delicti* della persona fisica radica la competenza per l'accertamento della responsabilità dell'ente a prescindere dalla sua nazionalità<sup>17</sup>.

Anche tale richiamo normativo sembrerebbe riprodurre quel vizio d'eccedenza concettuale prima segnalato: in particolare, ritenere che, attraverso una norma sulla competenza processuale, il legislatore abbia preso posizione in materia di legge penale nello spazio.

Tuttavia, alcuni tratti di peculiarità della disposizione consentono una più ampia lettura, che, diversamente, ne dimostrerebbe la pertinenza alla materia. Si potrebbe, cioè, imputare all'uso del verbo «conoscere» un significato più esteso di quello che parrebbe circoscritto al termine («competenza») cui si accompagna, assegnando al contempo un valore trasversale e assorbente all'intitolazione della sezione normativa di appartenenza che lo stesso art. 36 apre, dove compare espressamente il riferimento alla «giurisdizione».

Nondimeno – a conferma di una sostanziale elasticità del dato normativo, disponibile all'attribuzione di più intenti regolatori – si può anche sostenere che l'intitolazione della sezione sottende *semplicemente* la scelta di affermare la *giurisdizione penale* su un tipo di illecito (almeno formalmente) di natura diversa; ciò che peraltro troverebbe

<sup>16</sup> Cfr. T. Milano, Ufficio Gip, ord. 13 giugno 2007; Trib. Lucca, 31 luglio 2017, *cit.* In dottrina, per tutti, S. DELSIGNORE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa* in A. CADOPPI, G. GARUTI, P. VENEZIANI (a cura), *Enti e responsabilità da reato*, Utet, Torino, 2010, 76.

<sup>17</sup> Così, per tutte, T. Milano, ord. 13 giugno 2007, *cit.*; successivamente, in particolare, cfr. T. Lucca, 31 luglio 2017, *cit.*

supporto nella differente collocazione assegnata alle norme sulla efficacia spaziale (art. 4). E, in questo senso, anche il riferimento alle «attribuzioni» del giudice penale, presente nella rubrica della norma, possiederebbe un significato particolare, non riguardando solo le regole in materia di competenza *stricto sensu*, bensì essendo, più genericamente, volto individuare il giudice chiamato a decidere sull'illecito amministrativo, nonché la tipologia di norme processuali applicabili<sup>18</sup>.

In definitiva e salvo il percorso concettuale tracciabile in seno all'art. 36, i tentativi volti a recuperare dal *non detto* ciò che si vorrebbe *far dire* non sembrano di per sé appaganti.

Cominciando, allora, a esaminare i dati normativi *extra* decreto, di sicuro attinente, in ragione del rilievo in termini di coerenza sistematica, è il richiamo operato dalla normativa del settore creditizio – il d.lgs. n. 385 del 1193 (Testo Unico Bancario) così come modificato dall'art. 8 d.lgs. n. 197 del 2004, che ha introdotto l'art. 97 *bis* («Responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato») – ai profili di applicazione spaziale della disciplina. Il comma 5 dell'art. 97 *bis* estende espressamente alle succursali italiane di banche comunitarie e extra-comunitarie – «in quanto compatibile» – la regolamentazione (derogatoria rispetto alla disciplina generale in punto di sanzioni) prevista nei commi precedenti in materia di comunicazione istituzionale degli illeciti amministrativi dipendenti da reato *ex* d.lgs. 231 del 2001 a carico degli istituti bancari e di esecuzione delle relative sanzioni amministrative. Tale estensione segnalerebbe, o, forse, non escluderebbe, l'operatività del d.lgs. 231 del 2001 anche agli istituti di credito esteri non aventi sedi succursali in Italia, ma operanti nel territorio nazionale<sup>19</sup>.

Tuttavia, non può sfuggire, innanzitutto, come il dettato normativo non si riferisca al caso dell'ente estero privo di articolazioni organizza-

<sup>18</sup> Cfr. G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in ID (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi di pendenti da reato*, Cedan, Padova, 2002, 271; H. BELLUTA, *Le disposizioni generali sul processo agli enti, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, in A. BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*, Giuffrè, Milano, 2003, 24.

<sup>19</sup> In argomento, cfr. le riflessioni di D. FONDAROLI, *La responsabilità dell'ente straniero per il reato-presupposto commesso in Italia. Le succursali italiane di banche «estere»*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2014, 58, e di E. FUSCO, *Applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle banche estere*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, 4, 182. In giurisprudenza, oltre al richiamo operato dal T. Lucca, 31 luglio 2017, *cit.*, si veda T. Milano, 13 giugno 2007, *cit.*

tive in Italia, ma alla diversa ipotesi dell'ente estero dotato di succursali in Italia<sup>20</sup>; e, inoltre, come esso non si presti a una lettura univoca, potendo ben rappresentare un'espressa deroga alla disciplina generale del decreto in ipotesi escludente dal campo operativo della disciplina gli enti "stranieri" *tout court*<sup>21</sup>.

### 3. La soluzione nel codice penale

Occorre chiarire che i referenti normativi oggetto della rapida rassegna poc'anzi svolta appaiono, negli itinerari giurisprudenziali, piuttosto che autonomi capisaldi argomentativi della tesi espansiva propugnata, degli *elementi di conferma* di quanto già ricavabile *altrove*: segnatamente, dal codice penale. Quasi che nel mosaico composto dai singoli tasselli derivati dalle disposizioni del decreto, le disposizioni codicistiche fungano da collante o, più efficacemente, da architrave su cui lo stesso mosaico normativo poggia.

Il sillogismo giudiziale muove infatti, quasi sempre, dal richiamo al principio di imperatività del diritto penale di cui all'art. 3 c.p., la cui regola, tradotta nel diritto penale degli enti, significa che il fatto di *operare* in Italia comporta l'obbligo di rispettarne la legge<sup>22</sup>. E – si prosegue nel sillogismo – non v'è dubbio che le società implicate nelle vicende che hanno dato luogo al formante giurisprudenziale, pur non avendo sede o stabilimenti nel nostro Paese, vi abbiano *sostanzialmente operato*.

Talvolta questo richiamo normativo è ulteriormente sviluppato

<sup>20</sup> Sulla natura delle succursali bancarie e, in particolare, su quelle di banche estere, si rinvia ancora all'approfondimento di D. FONDAROLI, *La responsabilità dell'ente straniero per il reato-presupposto commesso in Italia. Le succursali italiane di banche «estere»*, *op. cit.*, 56.

<sup>21</sup> Cfr. E. STAMPACCHIA, *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, *op. cit.*, 11 e 13 ss.

<sup>22</sup> Cfr., in particolare, per primo, T. Milano, Ufficio Gip, ord. 27 aprile 2004, che a sostegno della tesi porta l'esempio della normativa in materia di circolazione stradale: le autovetture immatricolate all'estero devono rispettare, quando circolino in Italia, l'obbligo di munirsi di cinture di sicurezza anche se nel proprio Paese d'origine non sia previsto tale obbligo di dotazione. Nello stesso senso, T. Milano, sez. XI, ord. 28 ottobre 2004 e T. Milano, Ufficio Gip, 13 giugno 2007, *cit.* E, successivamente, T. Lucca, 31 luglio 2017, *cit.*

mediante espresso riferimento alla norma che ne ribadisce (al comma 1) e, in un certo senso, ne specifica (al comma 2, nell'ottica della giurisdizione) il contenuto: l'art. 6 c.p.<sup>23</sup>.

Il secondo comma di tale disposizione consentirebbe di radicare la giurisdizione nel nostro Paese, dove cioè si è verificato il fatto individuale<sup>24</sup>: «l'azione o l'omissione [...] è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione».

Si intuisce tuttavia come un corretto e completo approfondimento della lettura dell'art. 6 nella sua portata omnicomprensiva – ai fini, dunque, della *territorialità* del reato dell'individuo e dell'ente – non possa prescindere dalla necessità di incanalare il ragionamento su binari dogmatici.

È infatti l'illecito dell'ente *ex* d.lgs. n. 231 del 2001 a rappresentare il reato rilevante ai sensi dell'art. 6 c.p., della cui localizzazione si sta discorrendo; ed è, quindi, alla sua struttura che si deve far riferimento per procedere alla relativa collocazione nello *spazio*<sup>25</sup>. Partire dall'individuazione del *locus commissi delicti* della persona fisica per derivarne automaticamente quello dell'ente, sarebbe in senso allegorico come *guardare il dito e non la luna*. Diversamente, occorre inquadrare sul piano dogmatico l'illecito dell'ente, spiegandone la relazione col reato della persona fisica.

<sup>23</sup> Un tentativo di sviluppo argomentativo in questa direzione è presente, in particolare, in T. Lucca, 31 luglio 2017, *cit.*; e, implicitamente, in T. Modena, 24 febbraio 2016.

<sup>24</sup> Cfr. G. FIDELBO, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero*, *op. cit.*, 260, il quale individua nell'art. 6 c.p. – «la vera disposizione chiave in questa materia» – la norma che delimita (restringendoli) i confini operativi dell'art. 4 d.lgs. n.231 del 2001.

<sup>25</sup> In dottrina, per tutti, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche* *op. cit.*, 142-143, che osserva come la realizzazione del reato rappresenti, «nella struttura "composita" dell'illecito dell'ente», certamente qualcosa in più di quel «frammento di condotta» che già è sufficiente a sottoporre l'illecito al principio di territorialità di cui all'art. 6 c.p.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, *op. cit.*, 45, la quale rileva che «la soluzione del quesito dipende in larga parte da come si intenda il "reato" di cui risponde l'ente»; D. FONDAROLI, *La responsabilità dell'ente straniero per il reato-presupposto commesso in Italia. Le succursali italiane di banche «esterne»*, *op. cit.*, 54, la quale segnala che a venire in questione «è proprio la natura del "fatto" attribuito all'ente».

Sulla base di una necessaria opera di sintesi e di semplificazione, possiamo segnalare al riguardo almeno due possibili, e alternative, “visioni”. Quella secondo lo schema concorsuale<sup>26</sup>, nel senso cioè della configurazione di una fattispecie plurisoggettiva di parte generale, tipizzante una (nuova) ipotesi di concorso necessario di persone fisiche e giuridiche nel *medesimo* reato (a fronte di diverse dinamiche imputative)<sup>27</sup>; tesi poi condivisa dalla stessa Suprema Corte<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. M. ROMANO, *La responsabilità degli enti, società e associazioni: profili generali*, in *Rivista delle società*, 2002, 393.

<sup>27</sup> C. E. PALIERO, “*La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento italiano: profili sistematici*”, in F. PALAZZO (a cura di), «*Societas puniri potest*». *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cedam, Padova, 2003, 17 ss.; ID., *La società punita: del come, del perché, del per cosa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, 1539 ss.; M. N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, *op. cit.*, 140 ss. Più a fondo. A rigore, e volendo, la manifestazione soggettiva della partecipazione dell’ente nel reato della (“sua”) persona fisica si presta poi a una gradazione che evoca quella propria della colpevolezza delle stesse persone fisiche. In effetti, è evidente che la dimensione soggettiva di questa compartecipazione, oltre a poter coincidere con la colpa organizzativa *stricto sensu* (dove il contributo causale è di tipo omissivo), potrebbe anche essere assimilata a una sorta di “dolo-colpevolezza” quando il reato venga commesso sotto la direttiva programmatica dell’ente stesso (che vi contribuirebbe, a seconda del caso, in forma attiva o omissiva) (per una tale articolazione cfr., ancora, M. N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, *op. cit.*, 140 ss., la quale, con riguardo ai reati colposi in materia di sicurezza sul lavoro, inquadra la questione nell’area tematica della cooperazione nel delitto colposo di cui all’art. 113 c.p.). Quanto alla compartecipazione *pseudo-dolosa* dell’ente, si intuisce poi che in siffatta circostanza, la quale dovrà assumere rilievo sul piano della commisurazione della sanzione (*ex art. 11 del decreto*), o il modello non è stato mai adottato o ne è stata deliberatamente “bloccata” la sua operatività o, ancora, esso ha rappresentato solo un apparato di facciata dietro il quale si celava un accordo criminale ben pianificato. Si è, in generale, osservato che la “visione” secondo lo schema concorsuale risulterebbe disarmonica rispetto all’operatività, sul piano dell’imputazione oggettiva del reato quale fatto *proprio* dell’ente, della teoria dell’immedesimazione organica, tradottasi nel requisito dell’agire criminale individuale “interno” all’ente nel suo interesse o a suo vantaggio: si dovrebbe, in effetti, ammettere la plausibilità di un concorso dell’ente in un fatto *proprio* (per tale rilievo, cfr. G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, *op. cit.*, 409 in nota 532). Tuttavia, si potrebbe fornire una rilettura della teoria adeguata al peculiare contesto, interpretando funzionalmente il criterio di imputazione oggettivo, vale a dire riconoscendovi un requisito di pura riferibilità teleologica del crimine all’ente, quale presupposto della sua corresponsabilizzazione, piuttosto che uno stringente meccanismo di traslazione dello stesso fatto penalmente rilevante.

Quella in termini di illecito monosoggettivo, con le difficoltà derivanti dall'assenza di una tipicità oggettiva, ma la possibilità di ricavarla dal contenuto omissivo della colpa di organizzazione<sup>29</sup>. In questa seconda prospettiva, il *deficit* organizzativo, più che la *colpevolezza*, rappresenterebbe propriamente il *fatto* imputabile alla persona giuridica<sup>30</sup>; *fatto* che sarebbe punito al verificarsi dell'evento-condizione *fatto-reato* della persona fisica<sup>31</sup>.

Calando l'illecito dell'ente *ex d.lgs. n. 231 del 2001*, secondo le fisionomie poc'anzi tratteggiate, nelle maglie dell'art. 6 c.p. si ottengono i seguenti risultati.

Non dovrebbe essere problematica la prima alternativa considerata. Si ritiene pacificamente sufficiente che una parte del reato unitariamente valutato sia stata realizzata da uno dei compartecipi nel nostro territorio, affinché tutto il fatto venga *ivi* localizzato<sup>32</sup>; e ciò vale per qualsiasi forma di compartecipazione (nonché per i reati associativi)<sup>33</sup>. Posto ciò, non si incontrano ostacoli nel sostenere l'applicabilità del decreto all'ente estero, privo di articolazioni organizzative in Italia, per il reato commesso in Italia da un individuo ad esso "appartenente", nel quale il soggetto collettivo *ha concorso*.

Più complesso è l'impianto nella struttura dell'art. 6 c.p. dell'illecito dell'ente come concepito dalla seconda posizione esegetica.

In passato si è ritenuto che il legislatore, col termine «evento» di cui all'art. 6 c.p., alludesse all'evento-elemento costitutivo del fatto tipico, sicché agli eventi-condizioni obiettive di punibilità – com'è, nella lettura che si sta ripercorrendo, il *fatto-reato* della persona fisica al quale è subordinata la punibilità dell'ente – a causa della relativa estraneità all'area di tipicità della fattispecie, sarebbe stata preclusa la

<sup>28</sup> Cass., S.U., 27 marzo 2008, n. 26654. Nello stesso senso, ai fini della localizzazione dell'illecito dell'ente *ex art. 6 c.p.*, T. Lucca, 31 luglio 2017, *cit.*

<sup>29</sup> Cfr. G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, *op. cit.*, 407 ss.

<sup>30</sup> *Ivi*, 409, il quale precisa come tale «autentico fatto» avrebbe a fondamento della propria rimproverabilità la sua stessa *impedibilità* ovvero «l'esigibilità dell'adozione ed efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo».

<sup>31</sup> *Ibidem*, 409.

<sup>32</sup> Per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, *sub art. 6*, Giuffrè, Milano, 2004, 125-126; E. APRILE, *Art. 6*, in *Codice penale commentato*, E. DOLCINI, G. L. GATTA (diretto da) Tomo I, Wolters Kluwer, Milano, 2015, 251-252.

<sup>33</sup> In giurisprudenza, per tutte, Cass. 17 gennaio 2003, n. 2219; Cass. 25 febbraio 1989, n. 3160.

possibilità di radicare la giurisdizione nel nostro territorio<sup>34</sup>. Con l'effetto, *oggi*, di impedire l'affermazione della responsabilità *ex d.lgs. n. 231 del 2001* dell'ente estero per il reato commesso in Italia dalla persona fisica che ad esso "appartenga".

In realtà, l'art. 6 c.p. pare richiamare *genericamente* l'evento nella sua dimensione naturalistica, causalmente correlato all'azione o all'omissione, a prescindere dunque dalla qualificazione del suo "ruolo" nell'ambito della fattispecie oggettiva<sup>35</sup>. Se così è, l'evento-condizione obiettiva di punibilità ben potrà servire da elemento di connessione territoriale *ex art. 6 c.p.*<sup>36</sup>, sempre che esso abbia derivazione causale dall'azione/omissione, come richiesto espressamente dalla disposizione codicistica.

In quest'ottica, dunque, si direbbe che l'evento-condizione *fatto-reato* della persona fisica è in grado di radicare nel nostro territorio l'illecito dell'ente estero e, in tal modo, di consentire l'affermazione della sua responsabilità *ex d.lgs. n. 231 del 2001* per il reato realizzato nel nostro Paese dal soggetto che in esso ricopra una posizione "apicale" o "subordinata". E, in effetti, risiede nella logica imputativa definita dal decreto l'idea che il reato della persona fisica sia avvinto da un nesso di derivazione, si direbbe *causale*, con la lacuna organizzativa riscontrata presso il soggetto collettivo<sup>37</sup>. Con la precisazione, forse superflua, che il richiamato nesso di derivazione causale viene generalmente richiesto ai fini della dimostrazione della *colpevolezza* dell'ente in relazione al reato commesso dalla persona fisica, valutato per tal via *come anche dell'ente* e pertanto ad esso imputato: tant'è che in questa direzione di senso si spinge per la valorizzazione della prospettiva del *comportamento alternativo lecito*<sup>38</sup>, che impone di verificare se l'osser-

<sup>34</sup> In questo senso, F. DEAN, *Norma penale e territorio*, Giuffrè, Milano, 1963, 243 ss.

<sup>35</sup> In questo senso, già in passato, F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Giuffrè, Milano, 1952, 380, nota 72.

<sup>36</sup> Del resto, sarebbe incongruo, da un lato, negare che l'evento-condizione obiettiva di punibilità condizioni la giurisdizione, e, dall'altro, come avviene, riconoscere che esso individui la competenza territoriale *ex art. 8 c.p.p.*

<sup>37</sup> Per tutti, da ultimo, A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, *op. cit.*, 217 ss.; C. E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, *op. cit.*, 212 ss.

<sup>38</sup> Secondo, dunque, i canoni classici di accertamento della colpa individuale, per i quali si rinvia, per tutti, da ultimo, a C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, voce in

vanza della condotta conforme al dovere di diligenza sarebbe valsa a impedire/evitare l'evento e, in caso negativo, a escludere il legame *causale* tra *colpa* e *evento*<sup>39</sup>. Diversamente, nella "visione" della seconda impostazione esegetica, dove il reato della persona fisica è relegato ai margini della fattispecie ascrittiva ossia nel campo delle condizioni obiettive di punibilità, la correlazione causale tra *deficit* organizzativo del soggetto collettivo e reato del soggetto individuale andrebbe apprezzata su un piano *puramente* (oggettivo-)naturalistico – il che, *on va sans dire*, è pur sempre sufficiente ai fini del riscontro di *territorialità* di cui all'art. 6 c.p. – in quanto la *colpevolezza* dell'ente *sarebbe per un fatto diverso da quello integrante il reato della persona fisica*<sup>40</sup>.

Ciò peraltro non toglie che, trattandosi di fattispecie fondamentalmente omissiva, causalità della colpa e causalità della condotta verranno a coincidere, risolvendosi entrambe in una dimensione controfattuale (ovvero immaginaria)<sup>41</sup>.

#### 4. *L'integrazione del d.lgs. n. 231 del 2001 nel o col diritto penale*

L'analisi poc'anzi svolta è in grado di offrire una soluzione alla

*Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. X, Milano, 2017, 222 ss.

<sup>39</sup> Cfr., per tutti, M. N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, *op. cit.*, 250 ss.; G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A. M. STILE, V. MONGILLO, G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, Jovene, Napoli, 2013, 182; V. MANES, A. F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti*, Il Mulino, Bologna, 2016, 153 ss.; C. E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale* *op. cit.*, 213.

<sup>40</sup> In questa prospettiva, che peraltro – si riconosce ( G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, *op. cit.*, 409 ss.) – mal si concilia col dettato normativo del decreto (dove, tra l'altro, non è espressamente richiesta l'esigibilità dell'adozione dei modelli) e non si armonizza con l'operatività dell'immedesimazione organica (la quale si rivelerebbe inutile, attesa la diversità dei fatti ascritti al soggetto individuale e a quello collettivo, salva la (ri-)lettura "adeguatrice" proposta in nota 27), l'evento-reato della persona fisica, aggiungiamo noi, potrebbe assumere le sembianze della (discussa categoria della) condizione obiettiva di punibilità intrinseca, in quanto significativo dello sviluppo offensivo dell'offesa perpetrata con la condotta.

<sup>41</sup> In generale, sul punto, cfr. ancora C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, *op. cit.*, 242.

questione affrontata; una soluzione che ci appare per di più stringente in ragione della copertura dogmatica che sembra garantirla.

La disciplina della responsabilità dell'ente *ex d.lgs. n. 231 del 2001 nello spazio* si snoda lungo la dorsale segnata da due norme che delimitano i confini delle ipotesi regolate: quella di cui all'art. 4 del decreto, per quanto riguarda la responsabilità dell'ente italiano per il reato commesso all'estero; quella di cui all'art. 6 c.p., per quanto riguarda la responsabilità dell'ente estero per il reato commesso in Italia, "rappresentata" – se si crede – nel contesto *metafisico* dall'art. 36 del decreto.

*Ergo*: il decreto nulla, o quasi, *direbbe* circa la seconda ipotesi non perché lacunoso *in parte qua*, bensì in quanto *integrato* sul punto dal codice penale.

Chiaro è, infatti, che le ricostruzioni della disciplina facenti leva sull'art. 6 c.p. – più precisamente, sugli artt. 3 e 6 c.p. – recano in sé l'indispensabile e implicita premessa del completamento del decreto attraverso il diritto penale. Premessa dovuta all'incapacità – *fisiologica*, *perché sarebbe stata inesigibile per il legislatore la pretesa di assoluta completezza* – della disciplina contenuta nel decreto di fungere pienamente da sistema *auto-regolativo*.

La ricerca di un bacino regolativo a cui attingere, o, meglio, la pertinenza del sistema giuridico *già* individuato come fonte *integratrice*<sup>42</sup> ripropone la problematica della *natura* della responsabilità da reato dell'ente preveduta dal decreto, che qui non è possibile ripercorrere. Tuttavia, possiamo comunque sbrigativamente osservare che, quale che sia la reale natura di tale forma di responsabilità – *tertium genus*, sia pure all'interno di un panorama eterogeneo, secondo la più accreditata giurisprudenza, che al contempo ne riconosce la contiguità col *penale*<sup>43</sup>; autenticamente penale, secondo la prevalente dottrina<sup>44</sup>;

<sup>42</sup> Cfr. sul punto M. N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, *op. cit.*, 136, la quale ipotizza che lo stesso legislatore del 2001 «forse intimamente convinto della natura penale al di là della qualificazione assegnatele nel "titolo" [...] ha lasciato spazi vuoti per l'interprete che solo un tentativo di riconduzione, almeno fin dove possibile, all'interno di paradigmi penalistici, pur rivisitati in virtù del destinatario, può forse riuscire dogmaticamente a riempire».

<sup>43</sup> Per tutte, Cass., S. U., 18 settembre 2014, n. 38343. Così anche la *Relazione* al decreto. In dottrina, in questo senso, tra gli altri, E. M. AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in M. RONCO (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, Zanichelli, Bologna, 2006, 191.

amministrativa, come vuole l'intitolazione del decreto e secondo comunque altre voci<sup>45</sup> –, l'aver identificato col sistema penale la fonte di "approvvigionamento" pare comunque l'opzione più funzionale allo scopo ovvero più rassicurante: per il livello massimo di *garanzie* in esso previste; per il consolidato strumentario dogmatico, certamente in grado di riempire gli spazi vuoti della nuova disciplina.

4.1. Ai nostri fini, può allora essere utile indagare tale fenomeno di *integrazione* normativa, distinguendo al suo interno due possibili forme che, per semplicità, chiamiamo: *nel* penale (ossia, consustanziale al penale) e *col* penale (ossia, cofunzionale al penale).

In base al primo modello, la responsabilità da reato degli enti, contenuta nel decreto, rappresenterebbe un *nucleo* normativo *interno* al diritto penale, di cui condividerebbe l'intera disciplina, fatta salva la necessità di plasmare i singoli istituti, ritagliati sulla persona fisica, a "immagine e somiglianza" di quella giuridica. Coerente con tale impostazione *hard*, che sconta però la difficile riconducibilità al diritto penale di alcuni profili di disciplina del decreto, sarebbe il riconoscimento della natura propriamente penale di siffatta responsabilità.

In base al secondo modello di integrazione, la responsabilità da reato degli enti rappresenterebbe un *nucleo* normativo *autonomo* rispetto al penale, la cui palese "contiguità" con questo consentirebbe di guardare ai relativi paradigmi per riempire gli spazi vuoti e per disporre di un armamentario dogmatico idoneo a servire da guida per l'interprete nella lettura dei vari aspetti della disciplina. Coerente con tale impostazione *soft*, che peraltro risulta più consona alle scelte di disciplina adottate nel decreto, connotate sempre da un immancabile

<sup>44</sup> Cfr., tra gli altri, E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Diritto e giustizia*, 2001, 8 ss.; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cassazione penale.*, 2003, 1109 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, *op. cit.*, 322 ss.; C. E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, *op. cit.*, 2008, 1535.

<sup>45</sup> M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Rivista delle società*, 2002, 400; G. MARINUCCI, *Societas puniri post-test. Uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 1193 ss.; G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, 116 ss.

grado di specificità *sogettiva*, sarebbe innanzitutto l'idea di un *tertium genus* di responsabilità.

La ricostruzione interpretativa additata sopra come risolutiva della questione afferente l'applicabilità del decreto all'ente "straniero" per il reato commesso nel nostro territorio, dove esso non abbia sede/stabilimenti, sembra figlia del primo modello di integrazione. In altri termini, l'art. 6 c.p. sarebbe norma incorporata nel decreto o, per meglio dire, sarebbe il decreto da considerarsi incorporato nel penale e dunque *direttamente* ricettivo della disciplina dell'art. 6 c.p.; e per ciò stesso non lacunoso.

Non così se ci muoviamo nell'orbita segnata dal secondo modello di integrazione. In questa ipotesi, la rilevanza dell'art. 6 c.p. ai fini della disciplina del caso non può essere *immediata*, ma necessita di un procedimento interpretativo in tutto e per tutto corrispondente a quello analogico: sussistenza di una lacuna nel decreto; ricerca e individuazione di una norma connotata da *eadem ratio*; applicazione di tale norma, subordinata alla sua riconducibilità nel novero delle norme di favore (le quali, cioè, escludono o attenuano la responsabilità del reo) e alla sua non eccezionalità rispetto ai principi generali dell'ordinamento<sup>46</sup>.

Dati per soddisfatti i vari requisiti, ora schematizzati in corrispondenti passaggi concettuali, ci si avvede di come l'effetto applicativo dell'art. 6 c.p. determini un'*estensione* dell'area di punibilità per l'ente, ponendo un problema – invero, come a breve vedremo, solo apparente – di analogia *in malam partem*. Di modo che, stando a tale prima rappresentazione, le *chances* applicative dell'art. 6 nella materia della legge penale degli enti nello *spazio* sarebbero vincolate alla descrizione dell'integrazione normativa come *nel* penale e non *col* penale. E tuttavia, occorre ulteriormente valutare se l'ombra dell'analogia *in malam partem* possa stendersi anche sulla dinamica propria della prima forma di integrazione, con ciò rendendo – in ipotesi – assolutamente inattuabile, perché oggetto di divieto, ogni tentativo di concepire come rilevante in questa materia l'art. 6 c.p.

In ragione delle inamovibili e, per così dire, *ontologiche* differenze tra essere umano ed ente giuridico, si potrebbe arrivare a sostenere che

<sup>46</sup> Cfr., per tutti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, 187 ss.

ogni tentativo di adattamento della norma penale, di per sé antropomorfica, a un soggetto metafisico, reca in sé un procedimento interpretativo di natura analogica<sup>47</sup>. E all'analogia non si sfuggirebbe neanche quando si considerasse il sistema di responsabilità da reato dell'ente come *immanente* al sistema penale dell'individuo.

Procediamo, allora, a una verifica sulla scorta di una plausibile narrazione del contenuto degli artt. 3 e 6 c.p. riferita all'ente "straniero": *atteso che la legge penale italiana obbliga tutti coloro che si «trovano» nel territorio dello Stato, l'ente straniero vi è obbligato in quanto ha operato in Italia, essendosi ivi realizzato l'«evento»(-reato) dell'illecito ad esso ascrivibile come «reato»; ergo: il «reato» dell'ente si considera commesso nel territorio dello Stato.*

Innanzitutto, l'asimmetria tra il riferimento al "trovarsi" nel territorio italiano di cui all'art. 3 c.p., che sembrerebbe pretendere la presenza fisica del soggetto – nell'ipotesi dell'ente, la sede?<sup>48</sup> – e la disciplina dell'art. 6 c.p. che non richiede altrettanto, prevedendo esclusivamente che nel territorio italiano si sia verificato anche solo un frammento del fatto, non può costituire ai nostri fini elemento di riflessione se non altro perché siffatta non piena sovrapponibilità tra le due disposizioni codicistiche rileva anche nel diritto penale dell'individuo.

Allo stesso modo, è fuori discussione l'idea di valutare quale evento(-naturalistico) addebitabile anche a un altro soggetto un reato a tutti gli effetti: così è, pacificamente, già nel diritto penale dell'individuo, attesa l'ampia area di presa punitiva che si riconosce all'art. 40, comma 2, c.p.<sup>49</sup>.

Ciò premesso, non resta che appuntare la nostra attenzione

<sup>47</sup> Per un'espressa sottolineatura del rischio di analogia *in malam partem* con riferimento alla lettura giurisprudenziale estensiva dell'art. 3 agli enti, cfr. A. CARMONA, *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, op. cit., 427. Sul punto, in generale, si veda anche O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, op. cit., 46.

<sup>48</sup> L'interrogativo è sciolto nelle già richiamate pagine di A. CARMONA, *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, op. cit., 428, dove si legge: «[...] poiché l'essere società (ente) significa essere organizzazione, "trovarsi" nel territorio italiano significa, per un ente, avere in Italia una unità organizzativa».

<sup>49</sup> Sul tema, nella manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale-Parte generale*, Bologna, ottava ed., 2019, 635-636. Per un approfondimento delle implicazioni problematiche, cfr. L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Giuffrè, Milano, 2001, 389 ss.

sull'unico elemento testuale evocativo di un'effettiva estensione del significato delle sue componenti, rimodellate sulle caratteristiche metafisiche dell'ente collettivo: il reato dell'ente ovvero l'idea che l'ente sia considerato autore di un vero e proprio reato; di talché la natura strettamente penale della sua responsabilità.

Ci si avvede di come tale *analogia*, che sottende l'uso degli stessi criteri imputativi della responsabilità criminale utilizzati per l'individuo, non abbia altro fine che quello di estendere all'ente collettivo le garanzie (*rectius*, il massimo livello di garanzie tipiche) del diritto penale. In piena coerenza con le scelte operate nel decreto, funzionali a rendere la responsabilità da reato dell'ente perfettamente compatibile con i principi costituzionali della materia penale: *in primis*, *personalità* e *colpevolezza*. Un'analogia, dunque, certamente *in bonam partem*.

Breve. La figura giuridica del *reato dell'ente*, frutto dell'estensione analogica dei paradigmi di ascrizione della responsabilità penale della persona fisica, se nel contesto della teoria del reato e, dunque, dei suoi elementi strutturali si rivela palesemente *in bonam partem*, in quello della sua regolamentazione spaziale, ricavata dal testo dell'art. 6 c.p. dove al «reato [...] commesso nel territorio dello Stato» è fatto riferimento, risulta, al contrario, *in malam partem* negli effetti quanto al caso di specie.

Ma – è chiaro – l'antinomia è solo apparente. Se *prioritariamente* si ammette che l'illecito dell'ente è un reato, similmente a quanto accade per la persona fisica, allora dovranno altresì essere accettate *tutte* le conseguenze che, in termini di *disciplina*, tale riconoscimento comporta: tra le quali quelle relative alla regolamentazione della legge penale nello spazio. Insomma, delle due l'una.

4.2. *Re melius perpensa*, le medesime considerazioni non possono che valere per la seconda forma di integrazione, rispetto alla quale si era sopra paventata un'analogia *in malam partem*. Anche nel modello di integrazione *col* penale, dove l'illecito dell'ente non è concepito come un reato *stricto sensu*, la premessa interpretativa è pur sempre quella di guardare a quest'ultimo al fine di estenderne al primo i paradigmi oggettivi e soggettivi, che sono espressione del più alto grado di garanzie. Pertanto, specularmente al quadro rappresentativo della prima forma di integrazione, l'art. 6 c.p. si appalesa quale norma di disciplina, la cui operatività discende – conseguenzialmente – dall'acco-

stamento dell'illecito dell'ente, manifestazione di un *tertium genus* di responsabilità, al *contiguo* universo della responsabilità penale (individuale).

Resta, infine, da aggiungere ciò che già è intuibile. Se – come si ritiene – la visione giurisprudenziale estensiva degli artt. 3 e 6 c.p., che consente di sottoporre l'ente “straniero” alla *legge penale degli enti* italiana, poggia sul richiamato fenomeno integrativo del decreto *nel* o *col* penale, lo stesso approccio dovrebbe altresì registrarsi con riferimento a tutti gli altri piani che tale processo osmotico è in grado, pur sempre nei limiti del possibile, di coprire. Primo fra tutti quello della *colpevolezza* ovvero nell'ottica della rimproverabilità normativa in cui tale categoria, quale componente della struttura del reato, in ultima analisi, si sostanzia<sup>50</sup>.

##### 5. Dall'an al quomodo: il grado di esigibilità organizzativa e il diritto di difesa

I profili di complessità che residuano dall'analisi pregressa non vertono sulla giurisdizione. L'ente estero è assoggettato al d.lgs. 231/2001 in ragione della permeabilità della normativa al diritto penale e ciò non comporta violazioni del divieto di analogia *in malam partem*. Non è, dunque, il piano dell'*an* a richiedere un ulteriore approfondimento, bensì – si direbbe – quello del *quomodo*.

Il rischio di riconoscere aree di franchigia a favore di enti “stranieri”, di certo incidente sul formante giurisprudenziale letto in un'ottica politico-criminale, può dirsi scongiurato. E, del resto, non pare plausibile, né coerente con la prassi, l'idea che un ente estero (specie se una

<sup>50</sup> Diversi i profili problematici che questa prospettiva lascia emergere e che qui, salvo quanto si dirà di seguito nel testo, si possono solo brevemente richiamare in maniera non esaustiva: l'incidenza dell'assenza o della non adeguata predisposizione di una componente extraprocedurale del modello (ad esempio, il sistema disciplinare) sul giudizio di idoneità del medesimo; la valutazione dell'ipotesi-limite dell'assenza dello stesso modello quando il rischio-reato concretamente realizzatosi non potesse essere preveduto o evitato; l'esigibilità della dimostrazione probatoria del requisito dell'elusione fraudolenta del modello intesa in senso oggettivo. Per un'illustrazione sintetica di tali questioni, accompagnata da una rassegna delle posizioni giurisprudenziali e dottrinali finora registratisi, si rinvia a V. MANES, A.F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativ*, *op.cit.*, 149 ss.

società multinazionale) determinato ad “agire” in Italia, anche senza stabilirvi sedi o succursali, risulti indifferente alle normative *ivi* vigenti, rilevanti rispetto al suo *operare*.

Detto altrimenti, l'onere conoscitivo della legge interna deve essere assolto e tale necessario adempimento rappresenta l'indefettibile presupposto per poter orientare il proprio comportamento nel senso della legalità.

L'ente “straniero” che si informi circa la normativa italiana in materia di responsabilità da reato della *societas* e che, dunque, adempia a tale primario obbligo di diligenza avrà chiaro che la sua estraneità a un'eventuale vicenda penalistica territoriale è subordinata all'edificazione di un sistema organizzato di prevenzione del reato, declinato nei suoi tratti essenziali dal legislatore. E ciò, in base ai menzionati principi, – si noti – anche quando il soggetto collettivo non abbia mai “messo piede” tramite i propri individui in Italia, ma a costoro sia contestato il concorso, nell'interesse o a vantaggio della propria *societas*, nel reato commesso nel nostro Paese da altri.

*Solo* attraverso l'attuazione di un tale sistema potrà dimostrare la sua non-colpevolezza in relazione al reato commesso, *dissociando* la propria posizione “virtuosa” dall'agire di chi abbia operato in modo criminale al suo interno.

Siamo al punto: *lo standard esigibile di conformità alla compliance preventiva richiesta dallo Stato estero in cui l'ente intende operare*; fermo restando che requisito minimo di rilevanza, ossia di tolleranza, dovrebbe pur sempre essere l'avvenuta predisposizione di un sistema di prevenzione del reato, connotato da effettività<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Salvo che, contrariamente a quanto emerso in giurisprudenza, non si voglia sostenere l'idea estrema – fondata sulla riconduzione *sic et simpliciter* della colpevolezza organizzativa allo statuto della colpa penale individuale – della non necessità del modello di organizzazione, ovvero nel nostro caso di un suo equivalente, ai fini dell'esenzione dalla responsabilità, quando si dimostri che quel rischio-reato poi concretizzato non fosse *prevedibile* o non fosse *evitabile*. Nel senso dell'autonomizzazione della colpa dell'ente rispetto al modello, per tutti, M. N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, *op. cit.*, 250 ss. *Contra*, C. E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa in organizzazione*, *op. cit.*, 180 ss., che ritengono impropria la riconduzione dell'atteggiamento di «noncuranza progettuale» nei confronti di una pluralità di rischi-reato alle forme del dolo eventuale o della colpa e rinvengono già nella scelta della disorganizzazione la condizione di colpevolezza (e non di colpa) organizzativa.

In giurisprudenza, per la logica equazionistica “*assenza di modello = colpa di or-*

L'ente "straniero" potrà già disporre di un apparato preventivo dei reati, frutto dell'adeguamento al sistema "autoctono" di responsabilità della *societas*<sup>52</sup>, o invece esserne sprovvisto perché la legislazione dello Stato di appartenenza non lo preveda o non lo richieda. In entrambe le circostanze dovrà compiere uno sforzo di adeguamento all'insieme delle *cautele* richieste dallo Stato dove ha inteso operare. Ma entro quali limiti?

Si può ragionevolmente pretendere dall'ente straniero un rigoroso adattamento al variegato armamentario di *soft law* (codici di comportamento delle associazioni di categorie; *best practices*; raccomandazioni della autorità di vigilanza; codici di autodisciplina) elaborato in ciascun Paese per fronteggiare sul piano cautelare il rischio reato?

E ancora. Tale pretesa potrà estendersi alle peculiarità strutturali del sistema preventivo organizzato così come plasmato dal nostro legislatore<sup>53</sup>, con l'effetto, limitandoci solo ad alcuni aspetti, di imporre la costituzione di specifici organismi di vigilanza sul rispetto del modello di organizzazione, con correlativi flussi informativi, nonché la stessa elaborazione di un modello di organizzazione da potersi eludere *solo*

*ganizzazione*" si rinvia alla nutrita schiera di pronunce di merito in materia di art. 25 *septies* del decreto (tra le altre T. Trani, sez. Molfetta, 11 gennaio 2010; T. Cagliari, 4 luglio 2011; Gup Tolmezzo, 23 gennaio 2012). La stessa Corte di Cassazione, poi, ha avuto modo di sottolineare come la mancata adozione del modello è sufficiente ad integrare la fattispecie sanzionata (Cass., 9 luglio 2009, n. 36083).

<sup>52</sup> L'eventuale rischio di doppia incriminazione dell'ente – nel Paese d'origine e in quello di destinazione – andrebbe governato attraverso il canone del *ne bis in idem*. In particolare: o estendendo su questo versante la corrispondente regola prevista dall'art. 4 del decreto, da assumersi quindi come principio generale; o applicando l'art. 54 CAAS (Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen) sulla scorta dell'approccio sostanziale nella qualificazione della sanzione e, dunque, della riconducibilità della responsabilità forgiata dal decreto alla *matière pénale* (in questo caso, diversamente da quanto previsto dal richiamato art. 4 del decreto, occorrerà attendere la formazione di un giudicato). Per tali soluzioni, G. FIDELBO, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero*, *op. cit.*, 262-263.

<sup>53</sup> Segnala la rigidità del modello organizzativo prefigurato dal legislatore del 2001, escludendone dunque la possibile vocazione universalistica, A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, 559, il quale aggiunge che sembrerebbe «eccessivamente oneroso prevedere una struttura organizzativa *ad hoc* solo sulla base di un ingresso nel mercato giuridico italiano».

attraverso un comportamento fraudolento (così da consentire di fornire l'indispensabile prova)<sup>54</sup>?

L'auspicio è che prevalga un approccio valutativo della politica prevenzionistica adottata dall'ente straniero sensibile alla *sostanza* e non alla *forma*; che si valorizzino, cioè, i profili *funzionali* della prevenzione, senza essere condizionati dal loro "involucro"<sup>55</sup>; che quella fisiologica propensione del diritto penale a guardare ai "fatti", alla *sostanza delle cose*, da sempre valorizzata in chiave incriminatrice (si pensi, ad esempio, alla visione realistico-funzionale dei soggettivi attivi di taluni crimini, che, invalsa nella giurisprudenza, ha successivamente ricevuto anche formalizzazione normativa) possa trovare corrispondenza nella prospettiva, eguale e contraria, (*lato sensu*) esimente.

Il veicolo attraverso cui tale auspicio può prender forma scorre inevitabilmente sul terreno della colpevolezza – secondo, superfluo precisarlo, la relativa concezione normativa –, rappresentandone un fattore di esclusione in termini di *esigibilità* del comportamento lecito. Categoria, quest'ultima<sup>56</sup>, che nella prassi stenta ad affermarsi al di fuori delle figure espressamente codificate ad essa riconducibili, nonostante si ravvisino pure pronunce che la configurano in termini di

<sup>54</sup> Secondo, cioè, il precipitato oggettivo del concetto di frode avallato dalla Corte di Cassazione con sentenza del 30 gennaio 2014, n. 4677. Per un'analisi della funzione riconosciuta al requisito dell'elusione fraudolenta del modello *ex art. 6*, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 231 del 2001, nonché per la sottolineatura dei correlativi profili di criticità e la proposta di percorsi interpretativi alternativi, si veda, volendo, A. F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Cedam, Padova, 2013, *passim*. Da ultimo, sulla figura, D. PIVA, *Presunzioni di colpa e onere della prova dell'ente: ragioni e spunti per una riforma dell'art. 6 D.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2018, 170 ss.

<sup>55</sup> In questa direzione le posizioni, in ultima analisi, di E. STAMPACCHIA, *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, *op. cit.*, 18 ss. e M. RICCARDI, *L'internazionalizzazione della responsabilità "231" nel processo sulla strage di Viareggio: gli enti con sede all'estero rispondono per l'illecito da reato-presupposto "nazionale"*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2018, 1, 12, il quale propone che il giudizio di responsabilità rispetto all'ente "straniero" si sviluppi sulla scorta «[...] di un principio di equivalenza tra il modello disegnato dal legislatore italiano e il diverso strumento in concreto adottato dall'ente straniero, in termini di analoga "effettività" preventiva del rischio-reato che quest'ultimo presenti [...]».

<sup>56</sup> Cfr. in argomento G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1990. Per la manualistica, si rinvia alla tematizzazione di G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale-Parte generale*, *op. cit.*, 426 ss.

principio, derivandola direttamente dalle norme costituzionali (in particolare, art. 27, comma 1 e comma 3)<sup>57</sup>. Della dialettica giurisprudenziale circa la rilevanza dell'*esigibilità* v'è traccia, peraltro, anche nel nostro specifico campo. Accanto a posizioni espressive di un atteggiamento di chiusura, fondate sulla negazione dell'ammissibilità del ricorso a cause extralegali di esclusione di colpevolezza<sup>58</sup>, se ne rinvengono altre sensibili al canone dell'*esigibilità organizzativa*<sup>59</sup>.

Peraltro, nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente, il profilo dell'*esigibilità* (organizzativa) si fonde con quella del *diritto di difesa* ex art. 24 Cost., essendo il modello di organizzazione l'unico strumento di difesa disponibile per l'ente, in presenza di un reato-presupposto realizzato nel suo interesse o a suo vantaggio.

Riportando la riflessione nella sfera dell'ente estero, si intende che non è in discussione il diritto di difesa (per così dire) *in astratto*, atteso che a tale soggetto collettivo non è evidentemente preclusa la possibilità di adeguarsi al sistema italiano o di altro Paese attraverso la predisposizione di una *compliance* preventiva conforme; bensì il suo esercizio *in concreto*, che sarebbe compromesso quando si rimanesse indiffe-

<sup>57</sup> Per tutte, Cass. pen. 6 aprile 2011, n. 16513, in relazione al reato di cui all'art. 3-*bis* della l. n. 575/1965; T. Milano, 15 dicembre 2015, n. 13701, in materia di omesso versamento di contributi e crisi di liquidità, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.7.2018, con nota di S. FINOCCHIARO, *Crisi di liquidità e reati fiscali: una pronuncia di assoluzione del Tribunale di Milano per difetto di colpevolezza e "soggettiva inesigibilità"*, a cui si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

<sup>58</sup> In questo senso, in un'ipotesi di breve spazio di tempo (solo due mesi) intercorso tra l'introduzione dell'art. 25 *septies* nel decreto e la verifica del corrispondente reato presupposto, con conseguente tematizzazione in termini di *esigibilità* o meno (in quei ristretti tempi) della condotta organizzativa cautelare, T. Novara, 1 ottobre 2010, G.u.p. Pezone.

<sup>59</sup> T. Milano, 3 gennaio 2011, G.u.p. D'Arcangelo, dove, nell'osservare come l'idoneità del modello vada parametrata alle «migliori conoscenze, consolidate e condivise nel momento storico in cui è commesso l'illecito, in ordine ai metodi di neutralizzazione o di minimizzazione del rischio tipico», così postulando una fisiologica assimilazione con i canoni della colpa penale dell'individuo, si precisa che «[i]n tale prospettiva ermeneutica [...] acquista un rilievo estremamente significativo il canone dell'*esigibilità organizzativa* [...]».

In dottrina, per una valorizzazione dei profili di *esigibilità*, A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Dall'utile al giusto*, op. cit., 216 ss., dove si fa riferimento, in specie, ai «tempi per perfezionare l'intervento preventivo».

renti alle oggettive difficoltà (e dunque alla soggettiva *inesigibilità*) di assicurare una piena equivalenza col sistema di ogni Stato in cui si scelga di operare.



## Spazio e tempo nella dimensione carceraria: genitori detenuti e la tutela dei figli minori

*Tiziana Montecchiari \**

*«Abbi un cuore che mai indurisce,  
un carattere che mai si stanca ed un tocco che mai ferisce»*

C. Dickens

SOMMARIO: 1. Il diritto del minore di crescere all'interno della propria famiglia. Profili civilistici. – 2. Relazioni familiari e Ordinamento Penitenziario in Italia. Il diritto alla genitorialità in carcere. – 2.1. I bambini “in carcere”, figli di genitori detenuti. Ruolo dei padri detenuti. – 3. Il Protocollo di intesa tra Ministero della Giustizia, Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza e la Onlus Bambinisenzasbarre. – 3.1. Dinamiche familiari fra detenuti e figli minori: la Relazione al Parlamento 2017 del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale. – 4. Decreto legislativo in attuazione all'art. 85, lett. s), della legge 23 giugno 2017, n. 103 sulla Riforma dell'Ordinamento Penitenziario. Cenni. – 5. La tutela del superiore interesse del minore deve rimanere principio giuridico prevalente rispetto alla situazione giuridica dei genitori detenuti.

### *1. Il diritto del minore di crescere all'interno della propria famiglia. Profili civilistici*

Uno dei diritti fondamentali per ogni minore, ribadito all'interno di importanti modifiche normative realizzate in diversi settori del diritto, in particolare del diritto civile quali, fra le più importanti, la riforma dell'adozione (Legge 28 marzo 2001, n. 149, *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*), la legge sul diritto alla bigenitorialità (Legge 8 febbraio 2006, n. 54, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento dei figli*), la legge sullo stato unico di figlio (Legge 10 dicembre 2012, n. 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*

\* *Professore Associato di Diritto Privato, Università degli Studi di Macerata.*

e Decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012*), la legge sulla continuità affettiva di minori in affidamento familiare (Legge 19 ottobre 2015, n. 173, *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare*), è senza dubbio quello di crescere e di essere educato nella propria famiglia, ovvero il riconoscimento del “diritto ad una famiglia”, nucleo e ambito nel quale si sviluppa, cresce, viene mantenuto, educato, rispettato, ascoltato il soggetto minore di età<sup>1</sup>.

Accanto a tali leggi, che tentano di meglio tutelare e preservare la personalità dei soggetti in formazione e il loro ordinario ambiente di vita, sono state emanate ulteriori normative che hanno inciso in modo rilevante sull'organizzazione dello Stato, sulla ripartizione delle competenze, sulla organizzazione dei servizi di tutela e di sostegno alla persona, sulle modalità di attuazione dei diritti soggettivi e loro più adeguata tutela giurisdizionale, sulla identificazione e repressione di particolari reati, al fine di realizzare un necessario coordinamento tra teoria enunciata e pratica attivata<sup>2</sup>.

Il rapporto di filiazione, che peraltro il nostro ordinamento non qualifica in modo espresso, indica la reciprocità di diritti e doveri fra genitori e figli, scambio e incontro di esperienze, idee, valori fra soggetti che realizzano un percorso in comune non sempre facile, ma necessario ai fini della formazione del minore, e per questo è stato riconosciuto il diritto di crescere all'interno di una famiglia, quale luogo ritenuto più idoneo a tale evoluzione<sup>3</sup>, altrimenti non compiutamente realizzabile qualora manchi un ambito di relazioni familiari adeguato a svolgere tale compito<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> L. FADIGA (a cura di), *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza. Scritti di Alfredo Carlo Moro scelti e annotati*, Giuffrè, Milano, 2006; M. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, Giappichelli, 2014.

<sup>2</sup> G. CASCIANO, *Rapporti tra giudice per i minorenni e servizi sociali*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1993, 1316; G. DE LEO, B. BUSSOTTI, E. JOSI (a cura di), *Rischi e sfide nel lavoro di comunità di tipo familiare*, Giuffrè, Milano, 2000.

<sup>3</sup> Art. 1 legge n. 149/2001, art. 315 bis c.c.

<sup>4</sup> V. SCALISI, *Il diritto del minore alla “bigenitorialità” dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 520.

Dal rapporto di filiazione giuridicamente riconosciuto<sup>5</sup> scaturiscono per il figlio diritti soggettivi che il nuovo art. 315 *bis* c.c., d. lgs. n. 154/2013 specifica per la prima volta, in modo autonomo e in positivo<sup>6</sup>, quali il mantenimento, l'istruzione, l'educazione, il diritto di essere assistito moralmente e rispettato come persona, nonché ascoltato nella quotidianità del rapporto familiare, diritti riconosciuti sia dalla norma ordinaria citata, sia dalla Carta Costituzionale, nell'art. 30 Cost., con ciò assicurando al precetto normativo codicistico un valore non contingente e derogabile, bensì valore di principio fondamentale cui consegue la finalità di sviluppo individuale e sociale del minore medesimo.

È di tutta evidenza come il soggetto in età evolutiva abbia necessità, per un corretto sviluppo della sua personalità, di un consono ambiente e clima familiare, di rapporti affettivi strutturanti, di continuità e progressività nelle abitudini, di certezze e sicurezze rappresentate da costanti presenze di soggetti adulti responsabili cui fare affidamento, nell'ambito del proprio contesto familiare e abitativo<sup>7</sup>.

La legge sull'adozione di minori in Italia<sup>8</sup> è un ulteriore esempio di

<sup>5</sup> Il rapporto di filiazione, rapporto che si instaura fra due soggetti l'uno dei quali dicesi genitore e l'altro figlio, deve essere qui inteso nel senso più generale e ampio, considerando sia il rapporto che scaturisce giuridicamente dalla nascita all'interno di una famiglia coniugale, sia non coniugale, sia il rapporto che si costituisce attraverso il procedimento di adozione o di fecondazione medicalmente assistita, sia attraverso le azioni di stato volte a conferire lo stato di filiazione, come la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità.

<sup>6</sup> Prima dell'intervento della Riforma sullo stato unico di filiazione e sulla nuova fisionomia della responsabilità genitoriale a seguito della legge n. 219/2012 e del decreto attuativo n. 154/2013, i diritti del figlio non erano nominati all'interno del codice civile, ma erano individuati "in negativo" attraverso la esplicita previsione dei doveri dei genitori nei loro riguardi. Con l'art. 315 *bis* c.c. tale enunciazione è stata formalmente prevista in via diretta, affermando una condizione di diritti che anteriormente era solo interpretabile in via mediata dalle norme presenti.

<sup>7</sup> Anche il luogo dell'abitazione familiare è simbolo di certezze e continuità per un minore che ha bisogno di rassicurazioni costanti, legate al suo sviluppo e ai suoi timori di crescere: pertanto, anche la casa diventa elemento di tutela e diritto da garantire, al fine di poter maturare la propria individualità.

<sup>8</sup> Qualora il minore sia privo di un proprio valido ambiente familiare è previsto, come già richiamato, un intervento di legge attraverso il quale egli possa svolgere adeguatamente il proprio itinerario formativo e diventare compiutamente un soggetto adulto, ciò attraverso il meccanismo dell'adozione dei minori, in particolare, che è rivolta alla individuazione di

come il legislatore si sia interessato a predisporre strumenti giuridici, in particolare, civilistici, al fine di escludere che un minore possa rimanere senza un ambito familiare idoneo al suo sviluppo, sia genitoriale, sia parentale, e qualora rimanga privo del proprio valido contesto familiare di origine, egli abbia comunque diritto – al fine di poter realizzare il proprio itinerario formativo – ad una famiglia, diversa da quella di origine, ma che risulti idonea a divenire la “sua” famiglia in grado di garantirgli affetto, sicurezza, relazioni interpersonali adeguate e indispensabili per compiere il suo percorso<sup>9</sup>.

Appare comprensibile come tali condizioni possano essere alterate qualora il rapporto genitoriale già in essere subisca un cambiamento repentino in senso negativo, a causa – in particolare – di una condanna alla detenzione di uno o di entrambi i genitori di figli minori, o quando un soggetto che si appresta a divenire genitore, viene privato della sua libertà personale, sempre in conseguenza di sentenze di condanna a pene detentive<sup>10</sup>.

In entrambi i casi richiamati viene impedito ai soggetti l'esercizio della loro funzione genitoriale, nel senso e nei modi sopra chiariti, in danno soprattutto del diritto del figlio di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia, sia già nato, sia nascituro<sup>11</sup>, quindi

un'altra famiglia diversa da quella di origine, ma in grado di assicurargli le condizioni di cui sopra. La principale normativa di riferimento è la legge n. 184/1983 e successive modifiche, attraverso la legge n. 149/2001, e la legge n. 173/2015.

<sup>9</sup> D. ACHILLE, *Irrecuperabilità delle capacità genitoriali e stato di adottabilità del minore*, in M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, Milano, 2014, 277.

<sup>10</sup> Il rapporto di filiazione potrebbe alterarsi anche per altre cause, quali la separazione o lo scioglimento del rapporto coniugale o di convivenza dei propri genitori, con una modifica rilevante degli equilibri e delle modalità di vita fino a quel momento seguite e che rappresentavano un punto di certezza e di sicurezza per il figlio minore. L'analisi della presente ricerca si rivolge, tuttavia, all'ipotesi particolare della rottura delle relazioni familiari a causa della condanna a pena detentiva di uno o di entrambi i genitori, con conseguente allontanamento dei genitori dai propri figli.

<sup>11</sup> Si ritiene utile ribadire che l'impedimento oggettivo dello svolgimento della funzione genitoriale a seguito di pena detentiva è senza dubbio un pregiudizio per il genitore in quanto tale, ma è maggiormente grave la perdita o la limitazione del diritto ad una propria famiglia che va a pregiudicare la posizione soggettiva del figlio minore, il quale non ha alcuna responsabilità per la condizione in cui viene a trovarsi il proprio genitore, tanto da subirne ingiuste conseguenze in termini di diritto ad una propria famiglia, che ovviamente viene compromesso.

anche ai figli viene impedito l'esercizio del loro diritto verso la genitorialità e la familiarità.

Non vi è alcun dubbio che la detenzione interviene in modo traumatico nelle relazioni familiari con gravi ricadute per i figli coinvolti e i dati numerici fanno capire quali contenuti di criticità cioè comportamenti anche per la società esterna al carcere.

Le modalità con le quali la famiglia e i suoi componenti vengono attraversati dall'esperienza della detenzione sono molteplici anche in relazione alle diverse fasi (arresto, condanna, rilascio), alla durata della condanna, alla tipologia del reato, fattori questi che incidono anche sulla possibilità di mantenere i legami, elaborare i conflitti e costruire cambiamenti nella relazione tra famiglia e detenuto.

L'attenzione principale, tuttavia, sia giuridica, sia sociale, deve essere rivolta al bambino e alla consapevolezza che la sanzione penale a carico di uno o di entrambi i genitori, interrompendo i rapporti affettivi, provoca un grave trauma nell'ambito familiare, in particolare al figlio che paga pesantemente la detenzione del genitore non solo come perdita della risorsa affettiva più importante, ma anche come perdita della principale risorsa psicologica che può compromettere il suo sviluppo affettivo, cognitivo e sociale, in considerazione dei principi giuridici enunciati da tutte le principali normative civilistiche in materia di filiazione, minori e famiglia.

Inoltre, l'interruzione dei legami affettivi tra genitori detenuti e figli, come statisticamente provato, può incrementare fenomeni di abbandono scolastico, devianza giovanile, disoccupazione, illegalità, disagio sociale e aumentare i casi di detenzione tra i figli di genitori detenuti.

Pertanto, appare sempre più evidente la necessità di monitorare e curare tale settore peculiare del nostro ordinamento, ovvero la tutela dei soggetti più deboli in un contesto di detenzione familiare, riaffermando il diritto del minore di crescere e di essere educato all'interno della propria famiglia, la quale deve essere idonea a svolgere tale compito e far prevalere in ogni caso il superiore interesse del minore, sopra ogni incuria, dimenticanza, indifferenza sociale e giuridica, in particolare di coloro che per compito istituzionale, sono chiamati a tutelare e preservare tali soggetti, nonché ad interpretare la legge nel senso loro più favorevole<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Spesso un'interpretazione della legge eccessivamente favorevole al reo potrebbe

## 2. *Relazioni familiari e Ordinamento Penitenziario in Italia. Il diritto alla genitorialità in carcere*

Da un punto di vista storico, la normativa prevista dall'Ordinamento Penitenziario in Italia ha subito varie modifiche, a partire in particolare dal 1975 in cui si è realizzata una innovazione significativa riguardo l'ambito delle relazioni familiari dei detenuti.

Infatti, con la legge del 26 luglio 1975 n. 354, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, si introducono due significative novità nel sistema, a partire dalle caratteristiche del trattamento che in conformità a quanto indicato dall'art. 27 Cost., deve uniformarsi a umanità, dignità, imparzialità, per successivamente indicare le modalità di trattamento dei detenuti, rivolte a favorire i contatti con l'ambiente esterno e il reinserimento sociale degli stessi<sup>13</sup>.

Il trattamento deve essere il più possibile personalizzato, tenendo in conto, pertanto, anche particolari condizioni individuali del detenuto, quali essere padre o madre, al fine di preservare il diritto alla genitorialità, sia dei soggetti detenuti, in quanto tali, sia dei propri figli minori, in coerenza con i principi costituzionali.

La successiva normativa, emanata nei primi anni '90, invece, ha risposto ad esigenze legate all'emergenza criminale di stampo terroristi-

be comportare un pregiudizio ulteriore e maggiore al soggetto minore, già danneggiato dall'incuria – per varie ragioni – da parte della propria famiglia, o dall'alterato rapporto affettivo in conseguenza di una condanna detentiva di un proprio genitore.

<sup>13</sup> Con l'introduzione di tale legge, si inizia a definire il sistema "Ordinamento Penitenziario", come normativa speciale inserita nel più ampio contesto legislativo penale, e rivolta nello specifico alla disciplina dei rapporti e del trattamento dei detenuti. Cfr., fra gli altri, M. C. CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Jovene, Napoli, 2001; M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario: le norme, gli organi, le modalità di esecuzione delle sanzioni penali*, Giuffrè, Milano, 2010; F. PIETRANCOSTA, *Carcerazione, diritti e condizione detentiva in Italia dal regio decreto 787/1931 alla Riforma del 1975*, in *Diacronie. Studi di Storia contemporanea*, 2010, 245; G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento Penitenziario e misure alternative alla detenzione: commento alla legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni*, Giuffrè, Milano, 1997; A. SALVATI, *L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia*, in *Amministrazione in cammino*, 2010, 2; G. TARTAGLIONE, *Sulla riforma dell'Ordinamento Penitenziario*, in *Rassegna diritto penitenziario e criminologico*, 1990, 313.

co-mafioso del periodo, con conseguente aumento della popolazione carceraria, con un ampio numero di detenuti ritenuti pericolosi che, per tale ragione, non potevano usufruire delle misure alternative di cui sopra<sup>14</sup>.

I successivi interventi legislativi sono stati realizzati, in particolare, a favore delle detenute madri, attraverso la legge 27 maggio 1998 n. 165, *Modifiche all'articolo 656 del codice di procedura penale ed alla legge 26 luglio 1975 n. 354, e successive modifiche*, nel tentativo di alleggerire il rigore riguardo, in particolare, l'accesso alle misure alternative alla detenzione con significative modifiche relative ai rapporti familiari, in particolare affermando che la maternità e l'infanzia non potevano essere degnamente tutelate all'interno di un istituto penitenziario.

Ulteriore e rilevante intervento in materia è avvenuto con il Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000 n. 230, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, il quale ha emanato il nuovo regolamento di esecuzione penitenziaria, che fra le varie modifiche realizzate, ha rivolto una grande attenzione al mantenimento delle relazioni familiari, al regime dei colloqui e alla corrispondenza telefonica, nell'ottica di garantire la tutela delle relazioni familiari a vantaggio non solo dei genitori detenuti, ma soprattutto dei loro figli minori<sup>15</sup>.

Peraltro, nel contesto di rapporti familiari, la normativa e le Circolari applicative del Ministero di Grazie e Giustizia, hanno ricompreso nel concetto di "famiglia" un insieme di relazioni con tutti i soggetti che hanno particolari legami con il detenuto e il rapporto di parentela deve essere inteso in senso ampio, dalla famiglia c.d. "fondata sul matrimonio", a quella naturale, comprese le unioni civili.

La questione della tutela dei minori, tuttavia, sembra rimanere strettamente collegata a quella della detenzione femminile, ma la legislazione civilistica ancora una volta ha ribadito una necessaria dualità speculare del diritto del bambino, ove possibile, di avere rapporti af-

<sup>14</sup> M. ANNETTA, *Dalla legge Gozzini alla legislazione d'emergenza*, in *L'altro diritto - Centro di documentazione su carcere devianza e marginalità*.

<sup>15</sup> E. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivista telematica Giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, 2.

fettivi e continuativi con entrambi i propri genitori <sup>16</sup>, e pertanto anche in campo penitenziario tale diritto andava riconosciuto, affermato e concretamente attuato, mediante norme che potessero salvaguardare le relazioni familiari all'interno del carcere.

A tal fine, fra le altre disposizioni, si ricorda quella che ha previsto di integrare il trattamento dei detenuti con un'azione di assistenza alle loro famiglie (art. 45 Ord.Pen.), mentre l'art. 94 Ord. Pen. ha previsto il diritto di assistere i familiari, specialmente se di età minore, nei due momenti più significativi per un detenuto, ovvero, l'ingresso in carcere e il rientro alla libertà.

Tali azioni di assistenza si concretizzano, per il periodo di detenzione, anche con il sistema dei colloqui, riguardanti i soggetti che possono far visita ai familiari detenuti: prima della riforma dell'Ordinamento Penitenziario citata, si ammettevano solo i prossimi congiunti, escludendo la partecipazione di figli minori, mentre in conformità con i nuovi principi di garanzia, rispetto ad un buon mantenimento delle relazioni familiari, si è disposto che i colloqui possano avvenire non solo con i prossimi congiunti, ma anche con altri soggetti legati da particolari vincoli affettivi e da conoscenze legittime con il detenuto, ed inoltre anche con la prole minore.

Infine, per quanto riguarda le detenute madri, si sottolinea come il legislatore abbia sempre più preso coscienza di alcune peculiarità del rapporto di filiazione fra le stesse e i propri figli minori, e ha progressivamente disposto misure che favorissero una tutela speciale per il rapporto madre-figlio<sup>17</sup>.

### *2.1. I bambini "in carcere", figli di genitori detenuti. Ruolo dei padri detenuti*

Una delle misure più significative introdotte dal nostro legislatore per le madri detenute è stata quella dell'alternativa degli arresti domiciliari alla custodia cautelare in carcere – salvo che sussistano esigenze di particolare gravità e rilevanza – per le madri in attesa o con prole

<sup>16</sup> Il riferimento è alla legge n. 54/2006 denominata e meglio conosciuta come legge sul "Diritto alla bigenitorialità", nei riguardi dei figli di genitori che sciolgono il loro rapporto personale.

<sup>17</sup> C. FIORIO, *Regimi penitenziari differenziati. La tutela delle detenute madri con figli minori*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2012.

appena nata<sup>18</sup>, ed inoltre la misura del differimento della pena, ovvero il rinvio dell'esecuzione di pena al compimento dei sei mesi di vita del figlio della condannata (artt. 146 e 147 c.p.), che la legge 10 ottobre 1986 n. 66, *Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* ha riformulato nel nuovo art. 47 *ter* dell' Ordinario Penitenziario<sup>19</sup>.

Tuttavia, la legge più rilevante nell'ambito è stata la legge 8 marzo 2001 n. 40, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori*, dal titolo significativo, che ha evidenziato l'evoluzione giuridica e sociologica del concetto di maternità, realizzata anche attraverso il contributo di una nuova prospettiva civilistica<sup>20</sup>, rilevando come genitorialità e carcere siano condizioni incompatibili: se da un lato l'ingresso del bambino in carcere sarebbe utile per non interrompere la relazione con la madre, dall'altro la previsione della permanenza in carcere del bambino sotto i tre anni rende, in realtà, tale rapporto ancora più traumatico e persino dannoso per lo sviluppo

<sup>18</sup> Si fa presente che la legge riguarda in via esclusiva la disciplina del rapporto fra la detenuta madre e i figli, non prendendo in considerazione la figura paterna, della quale si parlerà fra breve.

<sup>19</sup> V. GREVI, *L'Ordinamento Penitenziario fra riforme ed emergenza*, Cedam, Padova, 1994; M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario: le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>20</sup> Si ribadisce l'importanza assunta nel panorama normativo del diritto di famiglia dalla legge n. 54/2006, sul diritto alla bigenitorialità dei figli in sede di separazione, scioglimento di matrimonio o convivenze dei propri genitori: cfr., fra gli altri, T. MONTECCHIARI, *La filiazione*, cap. 14, in P. CENDON (a cura di), *Trattario di Diritto Civile*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2104, 567 e ss.; A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Giappichelli, Torino, 2014; M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, Zanichelli, Bologna, 2013; F. TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 619.

<sup>20</sup> Cfr., fra gli altri, C. PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli – Commento sistematico delle nuove disposizioni*, Giappichelli, Torino, 2006; T. AULETTA, *L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, 416; B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova, 2006; M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili sostanziali*, in *Famiglia e diritto*, 2006, 377; V. SCALISI, *Il diritto del minore alla "bi genitorialità" dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 520.

psico-fisico del bambino, il quale verrebbe a trovarsi collocato in un ambiente punitivo e privo di stimoli<sup>21</sup>.

Anche in base a tali osservazioni, si è avvertita la necessità di integrare ulteriormente la normativa sopra indicata, con la legge 21 aprile 2011 n. 62, *Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975 n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, che ha seguito lo scopo di interrompere la logica dei bambini reclusi in strutture carcerarie inadeguate ad una loro crescita sana ed equilibrata, prevedendo alcuni istituti atti a migliorare il rapporto fra madre detenuta e figlio minore, come case famiglia protette e istituti di custodia attenuata.

La legge ha previsto, infatti, gli ICAM (art. 285 c.p.p.) ovvero gli istituti di custodia attenuata per detenute madri cui il giudice può ricorrere, in alternativa sia al carcere, sia ai domiciliari, cioè un luogo terzo, funzionale a mantenere un *habitat* familiare simile a quello in cui il minore è nato e/o cresciuto, o dovrebbe crescere, da realizzarsi secondo le caratteristiche delle comuni civili abitazioni, e che dovrebbe assicurare un rapporto genitoriale il più vicino possibile alla normalità, avvalendosi di personale non in divisa e in assenza dei tradizionali riferimenti all'edilizia carceraria, come le sbarre, a meno di particolari "esigenze cautelari di eccezionale rilevanza"<sup>22</sup>.

La legge n. 62/2011 ha inoltre innalzato la soglia dell'età da tre a sei anni per la possibile permanenza in carcere del minore e qualora non sia possibile la pena degli arresti domiciliari per il tipo di reato, è

<sup>21</sup> D. BRUNO, *Donne e bambini in carcere: a quando la svolta?*, in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it), 2013.

<sup>22</sup> Si fa riferimento ai detenuti che ricadono nella previsione dell'art. 4 bis Ord. Pen., ovvero soggetti ritenuti particolarmente pericolosi, non meritevoli di accedere ai benefici penitenziari. La logica che muove la disposizione, pur a volte contestata, sembra tuttavia accettabile, in quanto se il soggetto è particolarmente pericoloso, in considerazione della gravità del reato commesso che non consente benefici di pena, lo è per se stesso, ma anche per gli altri, in particolare per un proprio figlio minore: quest'ultimo, invece che essere tutelato e rispettato consentendogli la realizzazione di un rapporto genitoriale costante, potrebbe invero, subire notevoli pregiudizi da tale relazione e non sarebbe sbagliato valutare la necessità di allontanarlo dal genitore se tale rapporto si dimostrasse o fosse per lui deleterio e dannoso. Naturalmente, vi è da aggiungere che non sempre una buona relazione genitoriale viene impedita da particolari condotte pericolose e delinquenziali di un proprio genitore, anche se nella pratica a volte tale osservazione viene smentita.

stata prevista all'interno di alcuni penitenziari, una sezione modificata nei colori e dove sono stati creati varchi aperti, al fine di rendere meno difficile l'ambientamento e la crescita del figlio, qualora la città non possa disporre degli ICAM, che infatti oggi sono presenti solo nella città di Milano, di Venezia e di Cagliari.

Ciò che ha portato alla decisione di istituire una struttura del genere è stata la consapevolezza degli effetti negativi che l'ambiente carcerario provoca sullo sviluppo psicofisico di un minore e quindi il conseguente desiderio di creare un ambiente più adatto dove garantire l'espressione della genitorialità da un lato, e la crescita più possibile sana dei bambini dall'altro.

Gli Icam sono strutture realizzate al di fuori delle carceri che si rifanno al modello organizzativo dall'Icatt (Istituto a custodia attenuata per tossicodipendenti) anche se non ne possiedono l'aspetto terapeutico in quanto adottano uno strumento operativo di tipo comunitario.

Qui gli agenti sono in borghese e la struttura è dotata di sistemi di sicurezza non riconoscibili dai bambini, che portano quindi la struttura ad assomigliare ad un vero e proprio ambiente familiare.

L'Icam rappresenta un esperimento di carcere diverso, dove la vita stessa non segue le regole burocraticamente rigide, predeterminate ed immutabili, caratteristiche di una struttura detentiva classica; al contrario viene dato ampio spazio all'area emozionale delle detenute e dei minori e al confronto quotidiano e diretto con gli operatori.

I principali obiettivi che la struttura si pone sono in linea generale i seguenti: favorire uno sviluppo equilibrato dei bambini da 0 a 6 anni utilizzando la fruizione dei servizi educativi per la prima infanzia; facilitare la relazione tra madre e bambino e con altri eventuali figli più grandi all'esterno; utilizzare i servizi sociosanitari del territorio; preparare e accompagnare il processo di separazione del bambino dalla madre<sup>23</sup>; sperimentare sinergie e collaborazione con gli enti e i servizi presenti sul territorio; mettere a punto, monitorare e verificare un modello organizzativo e di trattamento; documentare il processo, le criticità, le soluzioni e i risultati raggiunti.

<sup>23</sup> È opportuno ricordare che l'allontanamento avviene al termine del periodo di permanenza previsto dalla legge, con la conseguenza dell'affidamento a terzi del bambino, a parenti entro il quarto grado della detenuta, se possibile, ove non fosse presente la figura paterna, o affidamento esterno alla famiglia, nelle modalità previste dalla legge n. 149/2001.

Dalla lettura della legge 62/2011 si ricava una sorta di “circuito” in cui sono prevedibili i seguenti percorsi: il nido in carcere per i bambini fino a 3 anni, gli Icam per donne con bambini fino ai 6 anni e le case famiglia protette per le donne in misura cautelare, che non presentano profili di pericolosità.

Un altro problema è dato, invece, dal fatto che la popolazione delle detenute madri è costituita in larga parte da straniere, senza fissa dimora o in carcere per tossicodipendenza, prostituzione e piccoli furti, reati generalmente soggetti a reiterazione.

In relazione a questa tipologia di detenute esisterà quindi sempre “l’esigenza cautelare di eccezionale rilevanza”, che non consentirà loro di scontare la custodia cautelare o la reclusione presso un istituto a custodia attenuata, dovendo continuare così a vivere con i loro bambini all’interno degli istituti di pena<sup>24</sup>.

È, tuttavia, necessario sottolineare che se il diritto alla bigenitorialità affermato dalla legge Legge 8 febbraio 2006, n. 54 *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, in materia di diritto di famiglia rimane successivo alla legge n. 40/2001, in cui si fa prevalere un insieme di norme a tutela in particolare del rapporto madre detenuta-figlio minore, anche la legge successiva, ovvero la n. 62/2011 non sembra aver posto peculiare attenzione al principio della bigenitorialità nel settore carcerario, ponendo una rilevanza prevalente ancora una volta al rapporto di maternità, rispetto alla condizione della figura paterna.

Nel contesto dei rapporti familiari non deve essere, infatti, dimenticata la posizione del padre detenuto, non nominato dalla legislazione sopra riferita, ma ugualmente parte del rapporto di filiazione e, a volte, unico riferimento genitoriale per un minore, e comunque il riferimento alla bigenitorialità è, ancor prima che sancito dalla legge n. 54 del 2006 e dal d. lgs. n. 154/2013, in materia di stato unico di figlio, enunciato dalla Carta Costituzionale, artt. 29,30 e 31 Cost., come anche nell’art. 337 c.c. in cui si riconosce il diritto del figlio minore di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori.

La condizione del padre, dunque, anche alla luce di tali novità legislative di natura civilistica, dovrebbe essere equiparata a quella della madre e godere delle stesse possibilità di cura e crescita con il proprio

<sup>24</sup> Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 239.

figlio minore, mentre la normativa in materia penale e penitenziaria richiamata, in particolare l'art. 47 *ter*, ord. pen., l'art. 275 c.p.p., l'art. 285 *bis* c.p.p. ripetono che il padre può accedere alle misure previste dagli articoli solo quando la madre sia deceduta o impossibilitata.

In tal modo i padri, con l'entrata in carcere, vivono un allontanamento fisico dai propri figli minori e sono, in modo non giustificato, privati della loro funzione educativa e di condivisione della quotidianità con loro, in modo certamente diverso, rispetto alle madri, dal punto di vista emozionale, ma non per questo, meno rilevante o doloroso.

### *3. Il Protocollo di intesa tra Ministero della Giustizia, Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza e la Onlus Bambinisenzasbarre*

Per la prima volta in Europa ed in Italia è stato siglato un Protocollo d'Intesa a tutela dei diritti dei tanti bambini e adolescenti che ogni giorno entrano per colloqui nelle carceri italiane.

La Carta dei figli dei genitori detenuti, sottoscritta dal Garante insieme al Ministro della Giustizia e all'Associazione Bambinisenzasbarre Onlus, il 21 marzo 2014, e rinnovata il 6 settembre 2016, riconosce formalmente il diritto di questi minorenni alla continuità del proprio legame affettivo con il genitore detenuto e, al contempo, ribadisce il diritto alla genitorialità<sup>25</sup>.

Sono 8 gli articoli che, nell'interesse superiore di bambini e adolescenti, affrontano questioni importanti come le decisioni e le prassi da adottare in materia di ordinanze, sentenze ed esecuzione della pena (Art. 1); le visite dei minorenni all'interno degli Istituti penitenziari (Art. 2); gli altri tipi di rapporto con il genitore detenuto (Art. 3); la formazione del personale dell'Amministrazione penitenziaria e della Giustizia minorile (Art. 4); le informazioni, l'assistenza e la guida dei minorenni figli di genitori detenuti (Art. 5); la raccolta dei dati che forniscano informazioni sui figli dei genitori detenuti, per rendere mi-

<sup>25</sup> Il Protocollo richiama il rapporto fra genitore detenuto e figli, non specificando se trattasi della madre in particolare o del padre, potendo da ciò dedurre la possibilità di tutelare il rapporto di bigenitorialità e di dualità fra genitore (padre o madre) e figlio minore. Sembra, pertanto, un segnale positivo che può contribuire ad interpretare in modo evolutivo la legge richiamata, che invece parla esclusivamente del rapporto madre-figlio.

glieri l'accoglienza e le visite negli Istituti penitenziari (Art.6); la permanenza in carcere, in casi eccezionali, dei bambini qualora per il genitore non fosse possibile applicare misure alternative alla detenzione (Art. 7). Soprattutto, il documento istituisce un Tavolo permanente (Art. 8) composto dai rappresentanti dei tre firmatari quale strumento di monitoraggio periodico sull'attuazione della Carta, promuovendo la cooperazione tra i soggetti istituzionali e non e favorendo lo scambio delle buone prassi a livello nazionale e internazionale.

Il Protocollo d'Intesa sulla "Carta dei figli di genitori detenuti", avviato il 21 marzo 2014 si è rinnovato, come sopra citato, in data 6 settembre 2016, e siglato dal Ministro della Giustizia, dal Garante per l'infanzia e l'adolescenza e dal Presidente dell'Associazione "Bambinisenzasbarre Onlus"<sup>26</sup> per altri 2 anni.

L'intesa intende ampliare i risultati ottenuti e integrarli individuando nuovi strumenti di azione: la tutela del minore, al quale deve essere garantito il mantenimento del rapporto e il legame affettivo con

<sup>26</sup> L'associazione *Bambinisenzasbarre* è impegnata nella tutela dei bambini figli di persone detenute. Lavora da 14 anni per dare sostegno psicopedagogico ai genitori detenuti e ai figli, colpiti dall'esperienza di detenzione di uno o entrambi i genitori. L'associazione *Bambinisenzasbarre* nasce come gruppo nel 1997 dall'Associazione Cuminetti presente in carcere con attività culturali, nel 2002 si costituisce in associazione senza scopo di lucro con il sostegno della Fondazione olandese Bernard van Leer, (impegnata dal 1949 nel sostegno di attività che promuovono lo sviluppo della prima infanzia in 40 Paesi). È presente in Lombardia, Piemonte, Toscana, Campania, Puglia e Sicilia e sul territorio come agenzia psicopedagogica specializzata. Fa parte della Rete Europea per i figli di genitori detenuti, Children Of Prisoners Europe (COPE, ex EUROCHIPS) con sede a Parigi, fondata nel 2000 con il sostegno della Fondazione olandese Bernard van Leer, per sensibilizzare sulla realtà dei bambini separati dai propri genitori detenuti e collegare le realtà impegnate su questo tema in Europa. Attualmente la Rete è presente in Italia (con *Bambinisenzasbarre* nel Consiglio) e in oltre venti Paesi nel mondo. La missione di *Bambinisenzasbarre* è promuovere il mantenimento della relazione figlio genitore durante la detenzione e sensibilizzare la società civile perché si faccia carico dei diritti umani, sanciti dalle convenzioni internazionali, in favore dei minori separati dai propri genitori detenuti, affinché il diritto alla genitorialità venga garantito, culturalmente assimilato e reso parte del sistema valoriale. L'associazione è presente in carcere con i suoi interventi, diventati negli anni laboratori permanenti e osservatorio di buone pratiche, e sul territorio nazionale (Rete Relais Itala) come agenzia psicopedagogica specializzata e di formazione. L'associazione ha infatti affrontato il tema della relazione figli-genitori detenuti impegnandosi in attività operative che potessero dare una risposta concreta alle richieste di aiuto dentro e fuori dal carcere, provenienti dai genitori detenuti e dalle loro famiglie.

il genitore detenuto, riconoscendo a quest'ultimo il diritto/dovere di esercitare il proprio ruolo genitoriale, indipendentemente se madre o padre; accompagnare con la promozione di interventi e provvedimenti normativi tale relazione, rimuovendo discriminazioni e pregiudizi con la creazione di un processo di integrazione socio-culturale; e l'agevolare e sostenere i minori nei rapporti con il genitore detenuto, cercando di evitare che eventuali ricadute negative possano incidere sul rendimento scolastico o sulla salute.

Il nuovo Protocollo del 2016 si sviluppa in 9 articoli (di cui l'ultimo sulla durata dello stesso): l'art. 1 individua le linee di comportamento che l'autorità giudiziaria dovrà tenere nei confronti di arrestati o fermati che siano genitori di minori, dando priorità alle misure cautelari alternative alla custodia in carcere, concedendo permessi di uscita per giornate particolari come compleanni ecc. e garantire il rapporto con il minore; l'art. 2 descrive le azioni necessarie a proteggere il legame tra minore e genitore che garantiscano da un lato lo sviluppo psico-affettivo del bambino, e dall'altro preservino il vincolo familiare, importante e indispensabile per la risocializzazione del detenuto e per ridurre il rischio di recidiva. L'art. 3 dispone della possibilità di mantenere il legame figlio-genitore detenuto attraverso conversazioni via chat o webcam; gli artt. 4 e 5, poi, impegnano il sistema penitenziario ad affrontare il tema dell'accoglienza anche in termini culturali, formando l'Amministrazione penitenziaria e anche i detenuti stessi attraverso l'istituzione di programmi di assistenza alla genitorialità; l'art. 6 regola la raccolta di informazioni sul numero di colloqui e l'età dei soggetti coinvolti; l'art. 7 regola la permanenza dei bambini in carcere, cercando di garantire loro una quotidianità il più possibile vicina a quella dei coetanei all'esterno; l'art. 8, infine, conferma il Tavolo permanente, già istituito con il protocollo precedente, composto da rappresentanti del Ministero della Giustizia, dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale e dell'Associazione Bambinisenzasbarre che, convocato ogni tre mesi, svolgerà azione di monitoraggio sull'applicazione del protocollo appena prorogato.

Il DAP del Ministero della Giustizia ricorda poi i dati relativi all'incremento degli spazi dedicati ai bambini: «L'impegno e l'attenzione che l'Amministrazione Penitenziaria ha rivolto verso i minori è evidente dall'analisi dei dati relativi all'incremento degli spazi

appositamente dedicati ai bambini (sale d'attesa e sale per i colloqui) realizzati in 130 istituti nell'anno 2015 e presenti invece in 171 istituti nel giugno 2016, e dall'aumento del numero delle ludoteche attrezzate. Le ludoteche, presenti nell'aprile 2015 in 58 Istituti, sono divenute 70 nel giugno 2016; le aree verdi attrezzate per i colloqui all'aperto risultano 99 nel giugno 2016, di cui 35 destinate ai soli minori», come si legge nel documento contenente i dati del DAP<sup>27</sup>.

La Carta dei diritti dei figli dei genitori detenuti riconosce formalmente il diritto dei figli minori alla continuità del proprio legame affettivo con il proprio genitore detenuto e, al contempo, ribadisce il diritto alla genitorialità dei detenuti.

Il Protocollo rende visibili i bambini che entrano in carcere, tutelando il loro diritto a mantenere un legame affettivo con il genitore detenuto e cercando di superare le barriere legate al pregiudizio e alla discriminazione all'interno della società.

Tra gli aspetti disciplinati dal Protocollo ci sono anche le visite all'interno degli istituti, la formazione del personale e l'istituzione di un Tavolo permanente che effettuerà un monitoraggio sull'applicazione del Protocollo avvalendosi anche della rete dei servizi sul territorio.

La questione centrale del Protocollo è quella di mettere in evidenza "la priorità del benessere del bambino" (art. 3 della Convenzione Onu). Una questione che, soprattutto in ambito penitenziario, non deve mettere in conflitto i diritti degli adulti con quelli dei bambini, ma al contrario può contribuire paradossalmente a rispettare meglio quelli degli adulti se si parte da quelli dei bambini.

Questo è il tema centrale che il Protocollo presenta, un tema culturale difficile che prevede una trasformazione di valori profonda e che potrebbe non solo cambiare il carcere, ma avere una importante ricaduta sociale, in una prospettiva di comunità solidale e inclusiva. In questo contesto, il carcere rappresenta un passaggio cruciale essendo il nodo estremo di una società che si deve trasformare, soprattutto se solo pensiamo all'azione di prevenzione nell'investimento sull'infanzia.

La Carta dei diritti dei figli dei genitori detenuti tutela centomila bambini le cui relazioni affettive con i propri genitori passano attraverso il carcere, il luogo che frequentano per incontrarli e per mantenere

<sup>27</sup> Cfr. allegato alla pagina [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

il loro legame genitoriale. Una frequentazione per una parte di loro, solo “periodica” e temporanea, che diventa invece “di vita” per i circa 40 bambini che sono in carcere con la madre, a cui è dedicato l’art. 8 della Carta.

I bambini in visita in carcere hanno come prima percezione, potenzialmente traumatica, di sentirsi come invisibili, poiché non sempre la loro presenza viene gestita con procedure che li rispettino totalmente.

Per loro c’è la perquisizione, l’acquisizione di ogni oggetto personale, che per i bambini può essere particolarmente difficile da accettare, le richieste rivolte agli adulti come se i bambini non fossero presenti e gli eventuali rimproveri se tali richieste non sono eseguite nei tempi e nei modi prescritti.

Si potrebbe pensare che allora sia meglio per i bambini non frequentare il carcere, ma sarebbe una semplificazione e una falsa protezione, da contrastare, attivando interventi di protezione specifici.

Il carcere, pur essendo un luogo che i bambini sentono estraneo, minaccioso e potenzialmente traumatico, è un luogo che devono necessariamente frequentare per mantenere il legame con il proprio genitore, un legame fondamentale per la loro crescita e per la loro struttura psico-affettiva, un legame, quindi, che si fonda sugli aspetti affettivi della relazione i quali rimangono intatti e non sono legati al reato commesso dal genitore ed alla rispettiva colpa, sempre che non sia stato appurato, invece, che la relazione possa essere pregiudizievole al loro superiore interesse.

Inoltre, se la separazione dal genitore è un’esperienza importante che fa parte della crescita di ogni individuo per acquisire autonomia, questo tipo di separazione dal genitore recluso, diventa invece, una rottura improvvisa e non accompagnata da parole che la spieghino e allora impedisce il normale processo di crescita e uno sviluppo equilibrato.

Il sistema penitenziario deve, quindi, rispondere alla necessità di accogliere adeguatamente questi minori attivando interventi di protezione e di prevenzione sociale rispettando le raccomandazioni della Convenzione ONU dell’Infanzia e dell’Adolescenza, in particolare gli artt. 3, 9 e 12 e la Carta dei figli di genitori detenuti – Protocollo d’intesa, sia quella del 21 marzo 2014, sia quella rinnovata nel 2016.

L’Associazione *Bambinisenzasbarre* ritiene che con una “separa-

zione accompagnata”, invece, sia possibile ridurre il rischio di esporre il minore a un’esperienza di grave disagio psico-sociale e la visita in carcere può diventare anche un incontro con la legalità, se passa attraverso un’esperienza di rispetto della persona e dei suoi diritti umani.

Se invece il bambino si sente non trattato adeguatamente, viene meno la possibilità di offrirgli l’occasione di poter fare una scelta di stile di vita diverso da quello che ha portato il genitore in carcere.

Di conseguenza il bambino può innescare un’alleanza con la scelta deviante del proprio genitore, assunta come protesta verso un trattamento ingiusto subito che lo assimila alla colpa del genitore detenuto per il solo fatto di esserne figlio.

I bisogni, appena descritti, dei bambini che entrano in carcere sono diventati con il Protocollo, oggi rinnovato, i loro diritti.

Dai dati – che sono stati raccolti dal Ministero di Giustizia e che l’Associazione *Bambinisenzasbarre* ha rielaborato mettendoli a confronto con la ricerca europea del 2011 aggiornata al 2013 – emerge che l’attenzione all’adeguamento degli spazi è presente ed è importante, anche se in realtà la situazione risulta sempre complessa.

L’Associazione ritiene prioritario anche il dato della formazione della polizia penitenziaria i cui agenti, loro malgrado, sono chiamati ad accogliere i bambini e di diventare educatori per coniugare la sicurezza alla qualità della visita: una questione che non deve mettere in conflitto i diritti degli adulti con quelli dei bambini, ma al contrario può contribuire a qualificare meglio quelli degli adulti se partiamo da quelli dei bambini<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> È di rilievo in tale contesto segnalare un recente intervento della Corte Costituzionale per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell’ordinamento penitenziario. In particolare, con la sentenza n. 76 del 2017 la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, della legge 26 luglio 1975, n. 354, limitatamente alle parole «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell’articolo 4-*bis*». Ciò vuol dire che le madri di bambini di età pari o inferiore ai dieci anni potranno valersi della detenzione domiciliare speciale, nella forma di massima agevolazione che consente l’accesso senza una fase antecedente di custodia carceraria, anche nel caso di condanna per uno dei reati inclusi nel catalogo dell’art. 4-*bis* dell’Ordinamento penitenziario: la norma cioè sulla quale, com’è noto, il legislatore ha costruito uno statuto differenziale e sfavorevole per i condannati cui attribuisce marcata pericolosità, essenzialmente sulla scorta di presunzioni correlate alla qualità del reato commesso.

### *3.1. Dinamiche familiari fra detenuti e figli minori: la Relazione al Parlamento 2017 del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*

La tutela dei legami familiari e dei rapporti genitoriali è da sempre considerata un elemento fondamentale del trattamento rieducativo, così come previsto dall'ordinamento penitenziario.

Negli ultimi anni l'attenzione nei confronti della genitorialità delle persone detenute è andata crescendo e modificandosi, con l'obiettivo non solo di favorire il mantenimento della relazione genitore-figlio e la presenza di organizzazioni volontarie assume rilevanza per l'accrescimento dell'autodeterminazione della persona che, attraverso le attività di progetti strutturati, rafforza la propria identità.

In particolare, anche la figura del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale ha il compito – fra gli altri – di promuovere e rafforzare la responsabilità genitoriale dei detenuti, specialmente nei confronti dei figli minori e di attivare iniziative di formazione del personale relative a tale questione.

La Carta dei diritti dei figli dei genitori detenuti prevede, come sopra indicato, l'istituzione di un Tavolo permanente con compiti di monitoraggio e di promozione, di cui fa parte anche il Garante Nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale. L'uso di sistemi di video-chiamata, previsti da un'apposita circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (n. 0366755 del 2 novembre 2015), resta prerogativa di pochissimi Istituti, nonostante la positività dimostrata laddove applicata. Nella Casa circondariale femminile di Venezia-Giudecca, per esempio, alcune madri detenute sono state autorizzate a seguire via Skype i figli che facevano i compiti, con un ritorno in termini di serenità sia per le donne che per i bambini: un esempio, questo, da sostenere, valorizzare e diffondere.

Ma va rilevato che nella realtà dell'esecuzione della pena, garantire il mantenimento di significativi e stabili rapporti tra genitori e figli si scontra ancora troppo spesso con le regole e l'organizzazione del sistema che a volte si frappongono come veri e propri ostacoli. Quanto alla relazione tra le madri e i bambini di età infantile, le donne detenute con i loro piccoli al 31 gennaio 2017 erano 35 con 40 bambini. Di questi, 19 donne e 19 bambini erano nelle sezioni nido degli Istituti di pena, mentre 16 donne e 21 bambini negli Istituti a custodia attenuati

per detenute madri (ICAM). Il problema dei bambini negli Istituti di pena rappresenta ancora una criticità che chiede soluzioni. Va detto però che gli ICAM non sono la vera soluzione, soprattutto quando sono posizionati in zone distanti o mal collegate o ospitano solo poche donne con bambini. Il rischio, in questo caso, è che il prezzo sia l'isolamento delle donne stesse e la separazione dalla famiglia e il difficile inserimento dei bambini in un contesto con altri coetanei. Riguardo alle sezioni "nido", a fronte di reparti attrezzati, accoglienti e ben collegati con il territorio, sussistono ancora situazioni del tutto inidonee. Da segnalare, invece, positivamente l'apertura a Roma, dopo una lunga attesa, della Casa di Leda, una Casa famiglia protetta per genitori agli arresti domiciliari o in misura alternativa. Nell'ottobre del 2015 il Comune ha infatti firmato un protocollo con il DAP e la casa sta accogliendo le prime donne con bambini.

*4. Decreto legislativo in attuazione all'art. 85, lett. s), della legge 23 giugno 2017, n. 103 sulla Riforma dell'ordinamento penitenziario. Cenni*

Sulla scia del contenuto e dei principi affermati recentemente dalla Consulta, in particolare attraverso le sentenze citate nella presente ricerca<sup>29</sup>, si è avviato anche il contributo per una ulteriore modifica normativa del rapporto genitoriale in carcere, attraverso la previsione nella Riforma dell'Ordinamento Penitenziario (Legge 23 giugno 2017 n. 103) di una delega al Governo, contenuta nell'art. 85, lett. s) il cui provvedimento è stato approvato in via preventiva dal Governo in data 22 dicembre 2017, ed è tornato all'esame delle Commissioni in data 16 marzo 2018, per il via libera definitivo, per un intervento – fra gli altri – sull'art. 47 *ter* dell'Ordinamento Penitenziario (detenzione domiciliare) il quale attualmente prevede che: “Deve essere inoltre revocata (la detenzione domiciliare comune) quando vengano a cessare le condizioni previste nei commi 1 e 1 *bis*”; mentre la proposta di modifica da approvare in via definitiva è la seguente: “Deve essere inoltre revocata quando vengono a cessare le condizioni previste nei commi 1 e 1 *bis*. Tuttavia, nell'ipotesi di revoca per il compimento del decimo anno di età del figlio, il tribunale di sorveglianza può disporre, su richiesta

<sup>29</sup> Cfr. nota n. 24 e nota n. 28.

del soggetto già ammesso alla detenzione domiciliare, la proroga del beneficio o disporre l'ammissione all'assistenza all'esterno di cui all'art. 21 *bis*, tenuto conto del comportamento dell'interessato nel corso della misura, desunto dalle relazioni redatte dal Servizio Sociale, nonché dalla durata della misura e dell'entità della pena residua”.

In particolare l'attuale art. 15 (*Modifiche in tema di detenzione domiciliare*) del Decreto incide profondamente sull'art. 47 *ter* dell'Ordinamento Penitenziario, ed anche sull'art. 47 *quinqes*, in quanto la previsione introduce sensibili modifiche all'istituto della custodia attenuata, superando il carattere sinora ostativo per le detenute che siano state condannate per i delitti di cui all'art. 4 *bis*, O.P.

Nella Relazione illustrativa si legge come la modifica proposta tenda a rimuovere una evidente disparità di trattamento fra la madre in detenzione domiciliare speciale, che nell'ipotesi di compimento del decimo anno del figlio, può essere ammessa a fruire di altre misure al fine di mantenere il rapporto con il figlio, e la madre ammessa, invece alla detenzione domiciliare comune, per cui tale opportunità non è consentita, stante l'inequivoco tenore della disposizione del comma 7, art. 47 *ter*, la quale prevede una revoca “obbligata”.

Con la modifica proposta si potrebbe consentire al soggetto interessato di avanzare istanza di proroga del beneficio per disporre della misura migliore a salvaguardare, valutando caso per caso, il rapporto genitore figlio nell'interesse prevalente del minore<sup>30</sup>.

##### *5. La tutela del superiore interesse del minore deve rimanere principio giuridico prevalente rispetto alla situazione giuridica dei genitori detenuti*

Nel peculiare contesto esaminato emerge la necessità di affermare o, meglio, di riconfermare l'assoluta prevalenza di un principio giuridico essenziale in tema di soggetti minori, ovvero che tutte le norme e le leggi che nel tempo si sono susseguite per disciplinare la sua identità, hanno avuto come perno centrale il riconoscimento del suo preva-

<sup>30</sup> Anche se la nuova disposizione, tuttavia, non fa ancora espresso riferimento alla figura paterna. Infatti, è utile rilevare come ci sia ancora una certa discrepanza tra profilo civilistico e profilo penalistico della normativa.

lente interesse da tutelare, morale e materiale, rispetto ad ogni altro interesse con il quale avrebbe potuto confliggere e tale fondamentale principio giuridico sancito *in primis* dalle Convenzioni internazionali, deve trovare applicazione anche nel difficile ambito socio-giuridico oggetto di tale ricerca.

Appare evidente che l'identità di un minore, sia sul piano individuale, sia sul piano sociale, si costruisce anche sulla base di appartenenze, ovvero l'uomo che è essenzialmente uno *zoon politikon*, un essere sociale non può sviluppare la sua identità *sociale* senza il tramite di una relazione integrativa.

Il primo, essenziale gruppo di appartenenza è, ovviamente, la famiglia, ovviamente una famiglia adeguata che realizza e privilegia il processo di socializzazione del nuovo individuo, attribuisce sicurezza, affetto e cura al minore, il quale può percepire il gruppo famiglia come un forte ancoraggio che lo può aiutare ad affrontare la sua prima esperienza di vita, composta spesso da paure, delusioni, smarrimento, incertezze.

Come già più volte affermato la detenzione di un familiare si ripercuote negativamente, con modalità e gravità diverse, sui membri del nucleo familiare, ed in particolare, sui figli.

La Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia all'art. 9 stabilisce che "il bambino i cui genitori, o uno dei due, si trovano in stato di detenzione, deve poter mantenere con loro dei contatti appropriati". È ormai un assunto ampiamente dimostrato che una vita familiare soddisfacente, e in particolare delle buone relazioni con i genitori sono elementi fondamentali per la crescita intellettuale e sociale dei bambini; il bambino non può crescere in modo equilibrato senza una relazione parentale fondante<sup>31</sup>.

La detenzione di un genitore rappresenta un elemento di frattura nel contesto familiare, rivelandosi spesso un fattore disadattivo a carico dei figli. Le modifiche apportate da questo evento all'interno del nucleo familiare, intervenendo sugli equilibri relazionali dei componenti, ma anche sulle condizioni sociali ed economiche, possono costituire la fonte di numerose problematiche che si riflettono sullo sviluppo del minore anche a distanza di tempo<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> R. SHAW, *Prisoners' Children*, Routledge, London, 1992, 3.

<sup>32</sup> A. LUZZAGO, S. PIETRALUNGA, P. SOLERA, *L'incidenza negativa della detenzione*

Sovente l'esperienza detentiva è solamente una delle molteplici espressioni di una preesistente situazione di disagio del nucleo, per cui le problematiche rilevate a carico dei figli non possono sempre essere ricollegate *sic et simpliciter* alla detenzione, ma devono essere valutate alla luce dell'influenza di altri determinanti fattori<sup>33</sup>.

In molti casi il genitore ha un vissuto di devianza piuttosto complesso che ha condizionato sia il nucleo familiare, sia l'educazione dei figli, ben prima della carcerazione. Dalle ricerche condotte in questo campo<sup>34</sup> risulta evidente come nella maggior parte dei casi i genitori che pongono in essere condotte delinquenziali, sono spesso vittime essi stessi di contesti contrassegnati da disadattamento sociale e familiare.

Una delle principali cause di tale disagio può essere individuata nell'appartenenza a famiglie disgregate, scarsamente coese, o inserite in gruppi socialmente emarginati, ad esempio a causa della loro condizione di immigrati. Sono frequenti anche le esperienze di tossicodipendenza, abuso di alcol o di sostanze stupefacenti, che incidono profondamente sulle dinamiche interpersonali del nucleo, caratterizzate da interazioni conflittuali, a causa dell'instabilità caratteriale che questa condizione spesso comporta<sup>35</sup>.

Un altro parametro rilevante può essere costituito dalla precarietà lavorativa dei genitori, che si correla sia alla vicenda penale del soggetto deviante, che al disadattamento del nucleo familiare, determinandone lo *status* economico. Molto influente sul disadattamento dei figli è inoltre il "clima" familiare che si respira all'interno del nucleo, in particolare in rapporto alla relazione esistente nella coppia genitoriale.

Dati tutti questi fattori che possono determinare in modo più o meno influente il disagio familiare, la detenzione rappresenta comunque un momento di frattura, che interrompe il complesso equilibrio che sottende al funzionamento del nucleo, imponendo un nuovo assetto e nuove dinamiche di relazione.

L'assenza improvvisa ed inaspettata del genitore può causare nel

*dei genitori sui figli. (II parte: Situazioni di disadattamento in rapporto alle caratteristiche dei genitori e del nucleo), in Rassegna Italiana di Criminologia, 1992, 298.*

<sup>33</sup> *Ivi*, 221.

<sup>34</sup> *Ivi*, 221 e 297.

<sup>35</sup> E. CAMPPELLI, F. FACCIOLI, V. GIORDANO, T. PITCH, *Donne in carcere*, Feltrinelli, Milano, 1992.

minore la nascita di un profondo senso di ansia, molto spesso aggravato dalla mancata conoscenza della verità. Alcuni studi sui figli dei detenuti hanno mostrato come la mancanza di una franca spiegazione riguardo all'accaduto, alimenta nei bambini peggiori fantasie e paure che non la realtà della situazione<sup>36</sup>; in alcuni casi si può arrivare all'estrema espressione del disagio attraverso le situazioni di disadattamento scolastico, e la messa in atto di veri e propri atteggiamenti antiggiuridici.

Tuttavia essere detenuto non significa obbligatoriamente essere un cattivo genitore, anche se è pur vero che tale consapevolezza è riflessa nel soggetto dalla percezione dell'ambiente, e che comunque il vissuto di inadeguatezza al problema del rapporto con i figli si accentua necessariamente con l'ingresso in carcere<sup>37</sup>.

Purtroppo il nostro ordinamento ha previsto solo recentemente, come sopra citato, strumenti idonei a superare le difficoltà che impediscono ai genitori detenuti di esercitare pienamente i loro ruoli e le loro funzioni, anche nella rete sociale di riferimento: la scuola, i servizi sociali, e tutti i soggetti coinvolti nella sua storia genitoriale<sup>38</sup>.

Questo è particolarmente accentuato per i detenuti padri, nei cui confronti la legge stessa opera una forte discriminazione. Si pensi alla possibilità di tenere il figlio minore di tre anni in carcere, mai concessa al padre, o alla detenzione domiciliare "speciale" per le detenute madri istituita con la legge n. 40/2001 che ha permesso la disposizione di tale misura alternativa nei confronti dei padri solo in caso di assenza della madre, come sopra chiarito.

La paternità è una relazione fondata sulla "enunciazione" più che sull'esperienza<sup>39</sup>, e mentre la maternità si definisce dall'esperienza diretta, la paternità invece contribuisce a inserire il figlio in una rete

<sup>36</sup> R. SHAW, *Prisoners' Children*, op. cit., 10.

<sup>37</sup> L. DAGA, G. BIONDI, *Il problema dei figli con genitori detenuti*, in E. CAFFO (a cura di), *Il rischio familiare e la tutela del bambino*, Maggioli, Milano, 1988, 130. C. GHETTI, *Carcere e famiglia: gli aspetti del disagio*, in W. NANNI, T. VECCHIATO (a cura di), *La Rete Spezzata*, Feltrinelli, Milano, 2000, 187.

<sup>38</sup> L. SACERDOTE, *Il genitore dimenticato*, in *Carcere: salviamo gli affetti*, Casa di Reclusione di Padova, 10 maggio 2002.

<sup>39</sup> A. BOUREGBA, *Le difficoltà di assumere ruoli e funzioni familiari per i padri detenuti*, in *Carcere: salviamo gli affetti*, op.cit.

strutturata di appartenenze, ma il suo legame con il figlio è immerso in una serie di relazioni dominate da reciproche identificazioni.

Nei padri detenuti questo attaccamento può essere esagerato sul piano dell'immaginario, non potendo essere vissuto nella realtà.

L'ordinamento giuridico civilistico, in particolare, riconosce espressamente il diritto del minore alla propria famiglia attraverso l'art. 1 della legge n. 149/2001, il cui principio è riconfermato nell'attuale art. 315 *bis* c.c., nella sua nuova formulazione dopo l'intervento del d. lgs. 154/2013 in materia di stato unico di filiazione, norma che contiene per la prima volta nel nostro codice civile, lo "statuto" dei diritti e dei doveri del figlio.

Le norme che hanno gradualmente arricchito il contesto della tutela delle relazioni familiari sono state molto rilevanti, come la legge n. 285/1997, in materia di disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza, e la legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, n. 328/2000, o ancora la legge n. 53/2000, in materia di sostegno alla maternità e alla paternità per il diritto alla cura e alla formazione e il coordinamento dei tempi della città, per aggiungere inoltre, varie disposizioni in materia di diritto del lavoro che hanno ugualmente contribuito in modo rilevante a realizzare nel modo più adeguato ed efficace possibile la tutela dei soggetti minori e della famiglia in cui hanno diritto di crescere e di essere educati (l. n. 92/2012).

Pertanto, nella circostanza in cui la relazione familiare venga alterata per cause esterne, quali anche la detenzione di uno o entrambi i genitori, non viene meno unicamente il diritto alla genitorialità, ma soprattutto il diritto dei figli ad avere un rapporto continuativo con i propri genitori, ad avere o a continuare a vivere nella propria famiglia, a poter esercitare tutti quei diritti sanciti dalle leggi richiamate, a dover realizzare con evidenti difficoltà la propria crescita<sup>40</sup>.

La legge n. 62/2011 ha opportunamente fatto prevalere la tutela del rapporto fra madre detenuta e figlio minore, ma la genitorialità, quando è possibile, rimane sempre formulata dalla dualità, e deve essere tenuto in debita considerazione anche il legame tra il padre dete-

<sup>40</sup> Naturalmente, sul presupposto che la famiglia in cui il minore ha il suo *habitat* non sia contraria alle sue necessità, e quindi sia idonea a svolgere quel naturale compito di cura, prevenzione, ascolto, mantenimento ed educazione cui ogni minore ha diritto.

nuto e il figlio minore, aspetto che sembra aver maggiormente curato il Protocollo del 2016, infatti la questione centrale del documento è quella di mettere in evidenza “la priorità del benessere del bambino” (art. 3 della Convenzione Onu), mentre la nuova disposizione di cui alla l. 103/2017 non sembra aver modificato sostanzialmente in favore di tale principio la normativa esistente.

Peraltro, non può essere considerato ragionevole il distinto trattamento basato esclusivamente sul genere di cui al comma 4 dell’art. 275 c.p.p., frutto di un mero automatismo che impedisce al giudice qualsiasi tipo di bilanciamento nel caso concreto tra le esigenze di prevenzione sociale e quelle di tutela dello sviluppo del minore.

A meno di un’interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata di questa norma, tale da ritenere l’equivalenza tra i rapporti padre-figli e madre-figli, alcuno ha infatti, ritenuto costituzionalmente illegittimo l’art. 275, c. 4, c.p.p. in riferimento agli artt. 3, 27, c. 3, 29, 30, 31, 32 e 51, nonché all’art. 117, c. 1 (come parametro interposto degli artt. 3 cc. 1 e 2, 4 e 6 c. 2 della Convenzione sui diritti del fanciullo e dell’art. 24, c. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea) della Costituzione<sup>41</sup> nella parte in cui non riconosce l’eguaglianza del padre e della madre nel rapporto di cura e assistenza ai figli minori e nella parte in cui non prevede che la custodia cautelare in carcere non possa essere disposta né mantenuta nei confronti del padre di prole di età non superiore a sei anni, anche nei casi in cui la madre non sia deceduta o non sia assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, nel caso in cui possa derivare al minore un nocumento alla sua salute psico-fisica e al suo equilibrato sviluppo.

Un’interpretazione meramente letterale, infatti, della norma comporterebbe una irragionevole e quindi incostituzionale disparità di trattamento tra madre e padre, che lederebbe tanto i diritti di quest’ultimo (il quale vedrebbe il proprio ruolo limitato rispetto a quello della madre) che quelli del figlio minore (il quale si vedrebbe privato ingiustificatamente dell’affetto e dell’assistenza del padre in maniera significativamente maggiore rispetto a quelli della madre,

<sup>41</sup> M. T. ZAMPOGNA, L. N. MEAZZA, *La tutela del rapporto genitoriale tra i padri detenuti in custodia cautelare e i figli minori: profili di illegittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale*, 2017, 5.

sempre ove non vi siano ragioni di tutela che invece dovrebbero escludere tale relazione).

Le violazioni riguarderebbero i principi di eguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.) e gli artt. 27, c. 3, 29, 30 e 31, 32 e 51 della Costituzione, ponendosi in contrasto con il divieto di trattamento contrario al senso di umanità per l'indagato/imputato, l'imperativo costituzionale di tutela della famiglia come società naturale, con il diritto-dovere dei genitori, madre e padre senza disparità di genere, di educare i figli e con il corrispondente diritto di questi di essere educati da entrambi, per quanto possibile, nonché con l'obbligo di protezione dell'infanzia e della sua salute, come interesse sempre preminente rispetto agli altri interessi tutelabili. Oltre ai richiamati imperativi costituzionali, la norma si pone in contrasto con le già citate previsioni dell'art. 3, c. 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo, redatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, e dell'art. 24, c. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che sono assurte a rango costituzionale dall'art. 117, c. 1 Cost..

Entrambe le disposizioni qualificano, infatti, come «superiore» l'interesse del minore, stabilendo che in tutte le decisioni relative agli stessi, adottate da autorità pubbliche o istituzioni private, detto interesse deve essere considerato «preminente».

Il Protocollo rinnovato nel 2016 è, senza dubbio un segnale importante per la società civile, rafforza una richiesta di cambio di atteggiamento, di veduta che va posta dalla parte dei bambini e non da quello dei genitori detenuti e dei loro vincoli giuridici, soprattutto attribuisce il giusto rilievo alla posizione del padre detenuto; al contempo è un richiamo forte alla necessità di avviare un processo di integrazione sociale e, più in generale, di profondo cambiamento culturale nei confronti del soggetto più vulnerabile in un simile contesto: sempre ed unicamente il minore.

### Bibliografia

- ACHILLE D., *Irrecuperabilità delle capacità genitoriali e stato di adottabilità del minore*, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, a cura di M. Bianca, Giuffrè, Milano, 2014, 277-299.
- ANNETTA M., *Dalla legge Gozzini alla legislazione d'emergenza*, in *L'altro diritto – Centro di documentazione su carcere devianza e marginalità*, www.l'altrodiritto.it, 2001.
- AULETTA T., *L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, 416-426.
- BOUREGBA A., *Le difficoltà di assumere ruoli e funzioni familiari per i padri detenuti*, in *Carcere: salviamo gli affetti*, Atti del Convegno Casa di Reclusione di Padova, 10 maggio 2002.
- BRUNO D., *Donne e bambini in carcere: a quando la svolta?*, in www.ristretti.it, 2013.
- CAMPELLI E., FACCIOLI F., GIORDANO V., PITCH T., *Donne in carcere*, Feltrinelli, Milano, 1992.
- CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario: le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Giuffrè, Milano, 2010.
- CASCIANO G., *Rapporti tra giudice per i minorenni e servizi sociali*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1993, 1310-1328.
- CASTALDO M. C., *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Jovene, Napoli, 2001.
- DAGA L., BIONDI G., *Il problema dei figli con genitori detenuti*, in E. Caffo (a cura di), *Il rischio familiare e la tutela del bambino*, Maggioli, Milano, 1988, 130-142.
- DE FILIPPIS B., *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova, 2006.
- DE LEO G., BUSSOTTI B., JOSI E. (a cura di), *Rischi e sfide nel lavoro di comunità di tipo familiare*, Giuffrè, Milano, 2000.
- DI GENNARO G., BREDI R., LA GRECA G., *Ordinamento Penitenziario e misure alternative alla detenzione: commento alla legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni*, Giuffrè, Milano, 1997.
- DOSSETTI M., MORETTI M., MORETTI C., *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, Zanichelli, Bologna, 2013.
- FADIGA L. (a cura di), *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza. Scritti di Alfredo Carlo Moro scelti e annotati*, Giuffrè, Milano, 2006.
- FIGONE A., *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Giapichelli, Torino, 2014.
- FIGONE A., *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Giapichelli, Torino, 2014.

- FIORIO C., *Regimi penitenziari differenziati. La tutela delle detenute madri con figli minori*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2012.
- GHETTI C., *Carcere e famiglia: gli aspetti del disagio*, in W. Nanni, T. Vecchiatto (a cura di), *La Rete Spezzata*, Feltrinelli, Milano, 2000, 187-199.
- GREVI V., *L'Ordinamento Penitenziario fra riforme ed emergenza*, Cedam, Padova, 1994.
- LUZZAGO A., S. PIETRALUNGA, P. SOLERA, *L'incidenza negativa della detenzione dei genitori sui figli. (II parte: Situazioni di disadattamento in rapporto alle caratteristiche dei genitori e del nucleo)*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 1992, 298-314.
- MONTECCHIARI T., *La filiazione*, Cap. 14, in *Trattario di Diritto Civile*, a cura di P. Cendon, vol. II, Milano, 2104, 567-602.
- PADALINO C., *L'affidamento condiviso dei figli – Commento sistematico delle nuove disposizioni*, Giappichelli, Torino, 2006.
- PETRANGELI E., *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, 2-14.
- PIETRANCOSTA F., *Carcerazione, diritti e condizione detentiva in Italia dal regio decreto 787/1931 alla Riforma del 1975*, in *Diacronie. Studi di Storia contemporanea*, 2010, 245-267.
- SACERDOTE L., *Il genitore dimenticato*, in *Carcere: salviamo gli affetti*, Atti del Convegno Casa di Reclusione di Padova, 10 maggio 2002.
- SALVATI A., *L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia*, in *Amministrazione in cammino*, 2010, 2-11.
- SCALISI V., *Il diritto del minore alla "bigenitorialità" dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 514-529.
- SESTA M., *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili sostanziali*, in *Famiglia e diritto*, 2006, 377-386.
- SHAW R., *Prisoners' Children*, Routledge, London, 1992.
- TARTAGLIONE G., *Sulla riforma dell'Ordinamento Penitenziario*, in *Rassegna diritto penitenziario e criminologico*, 1990, 313-325.
- TOMMASEO F., *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 619.
- ZAMPOGNA M. T., MEAZZA L. N., *La tutela del rapporto genitoriale tra i padri detenuti in custodia cautelare e i figli minori: profili di illegittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale*, 2017, 1-10.



**Il fattore spazio temporale nell'accertamento del reato di guida  
in stato di alterazione da alcool e droghe.  
Problematiche tossicologico forensi e processuali\***

*Massimiliano Zampi\*\* - Andrea Tassi\*\*\**

SOMMARIO: 1. Problematiche tossicologico forensi. Premessa. – 2. Considerazioni medico legali e tossicologico forensi in merito all'applicazione degli artt. 186 e 187 c.d.s. – 3. Conclusioni. – 4. Problematiche processuali. Premessa. – 5. Gli accertamenti di polizia: l'etilometro. – 6. Gli accertamenti in ambito ospedaliero. – 7. I prelievi coattivi. – 8. Conclusioni.

*1. Problematiche tossicologico forensi. Premessa*

Il fenomeno dell'inidoneità alla guida di veicoli sotto l'effetto di sostanze alcoliche e stupefacenti, oltre che costituire argomento di estrema attualità, è da sempre oggetto di studi ed approfondimenti in quanto rappresenta un serio problema in termini di ordine pubblico e di sicurezza<sup>1</sup>.

Notevoli sono le criticità riguardanti l'accertamento dell'abuso di alcool o droghe alla guida, al fine di applicare le relative sanzioni previste agli artt. 186 e 187 c.d.s., in quanto, gli aspetti giuridici, medico-legali e tossicologico-forensi che ruotano attorno all'argomento, rendono spesso complessa l'uniforme applicazione dei disposti di legge da parte degli organi preposti alla repressione del fenomeno<sup>2</sup>.

\* I §§ da 1 a 3 sono stati redatti dal Prof. Massimiliano Zampi, i §§ da 4 a 8 sono stati redatti dal Prof. Andrea Tassi.

\*\* *Professore Aggregato di Tossicologia forense, Università degli Studi di Macerata.*

\*\*\* *Professore Aggregato di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Macerata.*

<sup>1</sup> Concetto ampiamente ribadito dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 177 del 23 maggio 2003.

<sup>2</sup> Si veda in proposito M. CINGOLANI, R. FROLDI, *Le modifiche agli articoli 186 e 187 del Codice della strada. Aspetti medico legali e tossicologico forensi*, in *Medicina legale quaderni camerti*, 2003, XXV, 129-147; S.D. FERRARA, R. SNENGI, M. BOSCOLO, *Idoneità alla guida e sostanze psicoattive - Linee guida metodologico-accertative, criterio-logico-valutative*, Piccin, Padova, 2006; M. BERNINI, M.C. RICOSSA, *Il controllo delle*

Ad ampliare tale *vulnus* hanno certamente contribuito le continue modifiche e aggiornamenti al c.d.s. degli ultimi anni; essi hanno determinato un appesantimento del portato relativo agli artt. 186 e 187, rendendone, di fatto, inestricabile un esame critico e sistematico, soprattutto per gli operatori del settore chiamati alla loro applicazione.

I provvedimenti maggiormente significativi che hanno interessato negli ultimi anni il c.d.s. e, in particolare, gli artt. 186 e 187, sono stati la legge 1° agosto 2003, n. 214, la legge 2 ottobre 2007, n. 160, la legge 29 luglio 2010, n. 120 e, da ultimo, la legge 23 marzo 2016, n. 41.

Tra le più rilevanti innovazioni apportate dalla legge 214/2003, spicca quella concernente l'abbassamento del limite alcoolemico da 0,8 a 0,5 g/l e la riattribuzione della competenza per materia per la irrogazione della pena, al Tribunale in composizione monocratica; è stata, inoltre, inserita la facoltà in capo agli agenti di Polizia di accompagnare il soggetto ritenuto in stato di alterazione, presso il più vicino Ufficio o Comando di Polizia per la effettuazione, su quest'ultimo, del test spirometrico, ciò quando detto strumento non sia disponibile al momento del fermo.

La legge 160/2007 ha invece introdotto, per la prima volta, un importante criterio distintivo consistente nell'inserimento all'interno dell'art. 186 c.d.s. di tre distinte fasce sanzionatorie corrispondenti a rispettivi livelli alcoolemici.

La legge 120/2010 ha, in seguito, depenalizzato la sanzione prevista per la guida con tasso alcoolemico da 0,5 a 0,8 g/l, lasciando dignità penale alla seconda e terza fascia. Ha, inoltre, introdotto l'art. 186 bis che riguarda il tasso alcoolemico "zero" per i conducenti di età inferiore a 21 anni e per chi esercita professionalmente l'attività di trasporto di persone e cose.

Da ultimo la legge 41/2016, nel tentativo di riordinare la copiosa produzione normativa che aveva modificato il c.d.s. negli anni precedenti, è intervenuta in modo significativo sull'inasprimento delle pene, introducendo un articolato corollario di circostanze aggravanti, ele-

*sostanze d'abuso nei conducenti di veicoli: esperienza dell'Istituto di Medicina legale di Brescia*, in *Jura medica*, 2002, 15, 171-179; F. TAGGI, *Sulla probabilità di essere controllati su strada per il tasso alcoolemico e per l'uso di sostanze durante la guida*, in F. TAGGI (a cura di), *Sicurezza stradale: verso il 2010*, Istituto Superiore di Sanità, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, 2005, 300-309.

vando a distinte figure di reato quelle condotte determinanti il decesso o lesioni personali gravi o gravissime.

Per ciò, che più da vicino, concerne l'accertamento della condizione del soggetto alla guida, sempre la legge 41/2016 ha tentato di porre rimedio al caso in cui il conducente rifiuti di sottoporsi agli accertamenti finalizzati a stabilire la possibile alterazione in atto dovuta a sostanze alcoliche o stupefacenti, introducendo la possibilità, in capo agli ufficiali di polizia giudiziaria, di accompagnare l'interessato presso il più vicino presidio ospedaliero al fine di sottoporlo ai necessari prelievi o accertamenti che, in caso di rifiuto, possono essere effettuati coattivamente.

## *2. Considerazioni medico legali e tossicologico forensi in merito all'applicazione degli artt. 186 e 187 c.d.s.*

Il rapporto tra assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti e idoneità alla guida è, da sempre, settore di ricerca per la Tossicologia forense e la Medicina legale.

Il concetto d'idoneità alla guida è solitamente collegato ad una condizione psicofisica del soggetto, compatibile con le funzioni psicomotorie e sensoriali; tuttavia numerose sono le problematiche alle quali gli studiosi delle Scienze medico forensi (anche in veste di periti o consulenti nel processo) sono chiamati a dare risposte o chiarimenti<sup>3</sup>, ciò per valutare sia l'interferenza tra assunzione di sostanze d'abuso e idoneità alla guida, sia riguardo a possibili condizioni di variabilità soggettiva esistenti o sopravvenute che potrebbero aver condizionato il risultato scaturente dall'accertamento sulle diverse matrici biologiche.

Per quanto concerne la guida sotto l'effetto di sostanze alcoliche, l'accertamento è basato sul presupposto che esista una correlazione stabile tra l'alcool contenuto nel sangue e quello presente nel campione di aria espirata del soggetto sottoposto a controllo su strada tramite etilometro.

In generale l'alcool etilico viene assorbito dall'organismo a distanza di circa un'ora dall'assunzione e si diffonde nel circuito ematico fino alla sua completa eliminazione, che avviene in modo graduale con una

<sup>3</sup> Corte di Cassazione Penale, sez. IV, n. 22962/2014.

variabilità di circa 10 ml per ora. La corretta misurazione del livello alcoolemico deve essere valutata tenendo conto della capacità di assorbimento nell'organismo di detta sostanza.

Va specificato che l'alcool contenuto nel sangue viene veicolato attraverso il circuito ematico ai polmoni, consentendo la sua parziale espulsione tramite la respirazione e la parte di alcool espulsa sarà mediamente proporzionale alla quantità di alcool presente nel sangue.

Il dato relativo alla concentrazione alcoolemica scaturisce, pertanto, da una misurazione di tipo indiretto e non effettuata direttamente sul fluido ematico che costituirebbe, invece, campione di elezione.

Da sottolineare come l'art. 186 c.d.s., al fine di valutare la condizione di inidoneità alla guida, faccia riferimento alla quantità di alcool nel sangue e non a quella presente nell'aria alveolare (g/l sta per grammi di alcool su litro di sangue).

La correlazione tra la concentrazione di alcool nel sangue rispetto a quella presente nell'aria espirata si calcola tramite l'utilizzo di un rapporto di conversione standardizzato (oscillante all'interno di un range compreso tra 2.100 e 2.300<sup>4</sup>). Tuttavia detto rapporto non tiene conto di alcune variabili fisiche, tecniche e fisiopatologiche individuali che potrebbero influire sull'esito delle analisi e quindi sull'esatto valore alcoolemico da attribuire a quel determinato accertamento.

Proprio in merito alle suddette variabili, la letteratura scientifica in argomento indica alcuni fattori che potrebbero influenzare i parametri farmacocinetici e farmacodinamici dell'etanolo tra cui il sesso, il patrimonio genetico dell'assuntore, l'induzione degli enzimi metabolici in funzione dell'utilizzo abituale o saltuario di sostanze alcoliche etc.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Il rapporto indica che in 1 ml di sangue è contenuto lo stesso alcool di 2,1 litri di aria espirata a 34° C. Tale rapporto di conversione anche se generalmente applicato, viene messo in dubbio da più parti nel suo valore numerico. In Italia il D.M. 22 maggio 1990 n. 196 che introduce gli etilometri come strumenti di misurazione del tasso alcoolemico attraverso l'aria espirata utilizza un "fattore convenzionale" di trasformazione di 2300, ossia un rapporto 1:2300.

<sup>5</sup> Si veda in proposito R. MANCINELLI, M.S. GUIDUCCI, *Donne e vulnerabilità biologica all'alcool*, in *Annali Istituto Superiore della Sanità*, 2004, 40, 19-13; N.A. PIKAAR, M. WEDEL, R.J. HERPES, *Influence of several factors on blood ethanol concentrations after drinking alcohol*, in *Alcohol and alcoholism*, 1988, 23, 289-297; T. LI, S. YIN, D. CRABB, S. CONDOR, V. RAMCHANDANI, *Genetic and environmental influences on alcohol metabolism in humans*, in *Alcoholism clinical and experimental research*, 2001, 25, 136-144.

Va considerato che una variabilità media del rapporto di conversione (in eccesso o in difetto) non ha una incidenza significativa per valori alcolemici elevati (molto sopra 1,5 g/l), ma può risultare determinante per quei valori rientranti all'interno del *range* sanzionatorio previsto dall'art. 186 c.d.s. (da 0,5 a 1,5 g/l) quando il valore si posizioni a cavallo tra una fascia e l'altra.

Riguardo all'effettiva idoneità e accuratezza dell'etilometro al fine di misurare l'esatta concentrazione del tasso alcolemico, sorgono alcuni dubbi legati, essenzialmente, alla variabilità del rapporto tra la concentrazione di alcool presente nel sangue (BAC) e quella presente nell'espriato (BrAC). Difatti, numerosi studi condotti sull'argomento affermano che, nonostante gli elevati standard analitici dei quali l'etilometro è dotato, esso continua a presentare limiti che mal si coniugano con i fini forensi cui il dato strumentale è collegato<sup>6</sup>.

In considerazione di quanto sopra espresso l'aver voluto standardizzare il rapporto di conversione, uniformandolo indistintamente ad ogni individuo, potrebbe non apparire in linea con il limite, invece, tassativo indicato nell'art. 186 c.d.s.<sup>7</sup>.

Dopo aver effettuato il controllo sull'aria espirata sarebbe opportuno procedere, quanto prima e quando possibile, ad un prelievo ematico per confermare i risultati ottenuti con l'etilometro. Il sangue, infatti, rappresenta senza dubbio la matrice biologica di elezione dato che, la quantità di alcool in esso presente, è direttamente proporzionale a quella presente nell'encefalo.

<sup>6</sup> R. GIORGETTI, M. MONTISCI, F. CASTAGNA, M. GENNARI, S.D. FERRARA, *Alcol etilico nell'aria espirata. Comparazione BrAC/BAC in una popolazione di conducenti*, in *Rivista Italiana Medicina Legale*, 2002, 24, 1479; A.W. JONES, *Ultra-rapid rate of ethanol elimination from blood in drunken drivers with extremely high blood-alcohol concentrations*, in *International Journal of Legal Medicine*, 2008, 122-129; A.W. JONES, L. ANDERSSON, *Comparison of ethanol concentrations in venous blood and end-expired breath during a controlled drinking study*, in *Forensic Science International*, 2003, 18, 32; M.P., HLASTALA, J.C. ANDERSON, *The impact of breathing pattern and lung size on the breath alcohol test*, in *Annals Biomedical Engineering*, 2007, 35, 264; C. BRUCE, H.P. CHAN, L. MUELLER, P.S. THOMAS, D.H. YATES, *Effect of hydrofluoroalkane-ethanol inhalers on estimated alcohol levels in asthmatic subjects*, in *Respirology*, 2009, 14, 112.

<sup>7</sup> M. CINGOLANI, P. FRATI, R. FROLDI, *Qualche ulteriore considerazione giuridica e tecnico-applicativa in tema di accertamenti previsti per alcol e stupefacenti dagli articoli 186 e 187 del codice della strada*, in *Zacchia*, 2000, 1-2, 75-96.

Anche per quanto concerne l'accertamento della guida a seguito di assunzione di sostanze stupefacenti, numerose sono le problematiche presenti nell'art. 187 c.d.s.

Una prima criticità attiene alle modalità di accertamento su strada da parte delle forze di polizia, dato che la procedura di controllo sul conducente non sembra essere perfettamente standardizzata.

A seguito delle ultime riforme del c.d.s. è venuta attenuandosi l'importanza di constatare sul conducente, da parte degli organi di polizia, i cosiddetti indici sintomatici (andatura barcollante, stato confusionale, favella assente o sconnessa); essi, seppur importanti al fine di avere un'indicazione sulle capacità di guida del soggetto, sono da considerarsi solo indicativi di una condizione di alterazione, rendendosi necessario procedere con ulteriori accertamenti.

A tal riguardo l'art. 187, comma 2 c.d.s. fa riferimento alla possibilità di procedere ad accertamenti qualitativi non invasivi o a prove, anche attraverso apparecchi portatili, ossia tramite "test di screening" che utilizzano il campione salivare come matrice di riferimento.

Tali precursori possono fornire un esito positivo solo relativamente alla presenza di una sostanza stupefacente, senza però individuarne esattamente la tipologia né la concentrazione, con l'ulteriore limite nei casi di soggetti poliassuntori.

Considerata, pertanto, la loro dubbia utilità probatoria, sarebbe preferibile che, in sede di controllo su strada (dopo aver comunque valutato le condizioni generali del conducente attraverso la valutazione dei sopra elencati indici sintomatici), si procedesse al prelievo dei campioni biologici a cura del personale sanitario ausiliario delle forze di polizia, così come previsto dal c.d.s.

A prescindere dal tipo di matrice utilizzabile, della quale si parlerà a breve, l'espressione contenuta nell'art. 187, comma 2 bis, secondo la quale i conducenti possono essere sottoposti ad accertamenti clinico-tossicologici e strumentali ovvero analitici su campioni di mucosa del cavo orale prelevati a cura di personale sanitario ausiliario delle forze di polizia, potrebbe apparire fuorviante in quanto, questi ultimi, spesso si limitano ad accompagnare il conducente presso le strutture sanitarie accreditate o a tali fini equiparate (delle quali non vi è un elenco specifico, né nel c.d.s., né in decreti ad esso collegati).

In considerazione del fatto che il codice fa riferimento ad accertamenti clinico-tossicologici e strumentali, si presume che all'interno

delle suddette strutture debba essere presente personale medico specializzato e competente, non solo per l'effettuazione del prelievo, ma anche per la successiva conservazione e conseguente esame di laboratorio.

A tal proposito viene da domandarsi quali siano i campioni di riferimento, ossia quale matrice debba essere prelevata al conducente su strada o presso la struttura sanitaria, quale tipo di accertamento debba poi essere effettuato su quel campione, a cura di chi, con quali strumenti e a chi spetta interpretare il risultato analitico scaturito dalla successiva analisi tossicologica.

Sotto il profilo tossicologico forense le maggiori perplessità sorgono proprio riguardo al tipo di analisi che le strutture sanitarie accreditate o equiparate indicate negli artt. 186 e 187 c.d.s. sarebbero chiamate ad effettuare, trattandosi, nel caso di specie, di una analisi analitica assai complessa che richiede necessariamente l'utilizzo di apparecchiature e strumenti di laboratorio particolarmente sofisticati e di personale tecnico esperto nel loro utilizzo. Da considerare poi che detto esame potrebbe rivestire le caratteristiche di atto non ripetibile e, quindi, richiedere le necessarie garanzie difensive per il soggetto sottoposto a controllo.

Passando alla matrice biologica di riferimento per accertare l'uso di sostanze stupefacenti alla guida, l'art. 187 c.d.s. fa riferimento alla mucosa del cavo orale o, in alternativa, al fluido del cavo orale. Ebbene la prima matrice, oltre ad essere difficilmente ottenibile per ovvi motivi di estrema invasività della tecnica, risulterebbe non idonea per accertare la presenza di sostanze d'abuso. Problemi di affidabilità sono invece riconducibili al campione salivare in quanto, allo stato attuale, non può ancora essere considerata matrice scientificamente affidabile a causa delle basse concentrazioni delle molecole stupefacenti in essa rinvenibili.

Sono, dunque, le urine il campione maggiormente utilizzato, sebbene non indicato espressamente nell'art. 187 c.d.s. le quali, tuttavia, non risultano idonee allo scopo in quanto, la presenza nelle stesse di tracce o metaboliti di sostanze stupefacenti non fornisce prova dell'attualità d'uso in quanto, alcuni metaboliti della sostanza, possono permanere nelle urine del soggetto per diversi giorni, se non settimane, dall'ultima assunzione<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Cass. Pen., , sez. IV, 10 giugno 2009, n. 28219; Cass. Pen., sez. IV, 23 aprile 2015, n. 27005.

Escludendo, pertanto, l'utilizzo di matrici diverse come, ad esempio il sudore e le produzioni pilifere, per accertare l'effettiva alterazione alla guida della sostanza stupefacente al momento del controllo su strada, non rimane che fare riferimento al fluido ematico.

Tuttavia, nonostante vi sia stata un'apertura ad opera della legge 41/2016 sul prelievo coattivo di sangue nei casi in cui il soggetto rifiuti di sottoporsi agli accertamenti necessari atti a dimostrare lo stato di ebbrezza da alcool o sostanze stupefacenti, sembra permanere la difficoltà di ottenere detta matrice senza una espressa manifestazione di consenso da parte del soggetto<sup>9</sup>.

Alcune Procure della Repubblica hanno applicato le nuove disposizioni della legge 41/2016 in ordine ai reati di omicidio stradale adottando differenti linee guida e indicazioni operative<sup>10</sup>, mentre altre<sup>11</sup> le hanno del tutto disattese ritenendo prevalente il concetto già in precedenza espresso dalla Consulta relativamente alla impossibilità del prelievo senza consenso dell'interessato.

In particolare la sentenza della Corte Costituzionale n. 238 del 27 giugno 1996, considerava il prelievo coattivo come invasivo della sfera corporale della persona e, quindi, non praticabile se non previo consenso. La sentenza confermava la tecnica del prelievo come una forma di restrizione della libertà personale incidente, seppur in minima parte, sulla sfera corporale del soggetto, assoggettando tale pratica ad una riserva di legge al fine di stabilire i tempi e i modi in cui poter effettuare un prelievo ematico coattivo<sup>12</sup>.

Va precisato, comunque, che nel caso in cui il soggetto presti il proprio consenso e si sottoponga volontariamente al prelievo, detta manifestazione non deve risultare viziata da una non ancora scemata condizione di alterazione dovuta alla sostanza assunta.

<sup>9</sup> Cass. Pen., sez. IV, 15 novembre 2012, 10605; Cass. Pen., sez. IV, 6 aprile 2017, n. 21885; Cass. Pen., sez. IV, 18 agosto 2018, n. 4943.

<sup>10</sup> Procure della Repubblica presso i Tribunali di Firenze, Genova, Macerata, Siena, Sondrio.

<sup>11</sup> Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento.

<sup>12</sup> M. CINGOLANI, *Il prelievo ematico per l'accertamento della idoneità alla guida dopo le sentenze della Corte Costituzionale 194 e 238 del 1996*, in *Rivista Italiana Medicina Legale*, 1997, XIX, 389; N. MAZZACUVA, G. PAPPALARDO, *Osservazioni in tema di prelievo ematico coattivo*, in *Indice Penale*, 1999, 2, 485; M. BARNI, *La liceità del prelievo ematico per la alcoolimetria*, in *Difesa Sociale*, 1989, 68, 95.

Ad oggi, pertanto, non sembra esserci nelle disposizioni del c.d.s. relative alla guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, una visione chiara su alcuni aspetti, come quello relativo al come e al dove effettuare il prelievo di campioni biologici, al come il campione prelevato viene poi conservato e con quali strumenti e tecniche successivamente analizzato.

Riguardo alle sanzioni previste dall'art. 187 c.d.s., va detto che le molte riforme che si sono succedute negli ultimi 10 anni hanno inaspito notevolmente sia quelle penali, sia quelle amministrative e pecuniarie, una politica repressiva che, peraltro, non ha risolto i problemi di diffusione delle violazioni per la guida in stato di alterazione da sostanze d'abuso.

### *3. Conclusioni*

La frequenza con la quale negli ultimi 15 anni sono intervenute le leggi modificative al c.d.s., ha indubbiamente contribuito a generare una diffusa incertezza riguardo alla corretta applicazione degli artt. 186 e 187. Ancora oggi l'egida dei due articoli porta con sé non poche difficoltà ermeneutiche, in parte ereditate e mai chiarite dalle passate riforme e, a parere di chi scrive, poco o nulla è stato risolto dalla legge 41/2016 per ciò che concerne la loro piena applicazione.

### *4. Problematiche processuali. Premessa*

Nei paragrafi precedenti sono state evidenziate le problematiche medico-legali relative all'accertamento dello stato di ebbrezza o di alterazione da assunzione di stupefacenti finalizzato all'applicazione delle fattispecie incriminatrici previste dagli artt. 186 e 187 C.d.s. nonché delle fattispecie aggravate di omicidio e lesioni stradali introdotte con la l. 23 marzo 2016, n. 41. Si è visto in particolare come la presenza nella persona delle sostanze che determinano le condizioni psicofisiche di inidoneità alla guida sia legata al fattore temporale a tal punto da rendere indispensabile un rapido riscontro tecnico-scientifico. Ciò induce la necessità di un intervento che, sul piano processuale, pone le questioni dell'acquisizione di elementi probatori mediante atti urgenti

e non utilmente ripetibili decorse poche ore dai fatti nonché dell'interferenza di tali atti con i diritti fondamentali della persona, individuati, in particolare, nella libertà personale e nel diritto di difesa.

In generale, va chiarito che gli accertamenti del tasso alcolemico e dell'alterazione da stupefacenti implicano il compimento di atti irripetibili, dovendosi comunque precisare che l'irripetibilità riguarda aspetti diversi del procedimento acquisitivo. Occorre infatti distinguere sul piano logico due momenti peculiari dell'attività in questione: da una parte, l'acquisizione delle sostanze, delle matrici biologiche, dei reperti sui quali si deve effettuare l'analisi tecnico-scientifica; dall'altra, il compimento degli accertamenti diretti ad individuare la presenza in dette "matrici" delle sostanze alcoliche o stupefacenti e la loro "quantificazione". Mentre la prima operazione è sempre caratterizzata dall'urgenza e dalla impossibilità di una utile ripetizione a distanza dai fatti (in particolare in sede di indagini preliminari o processuale), la seconda può essere compiuta (e ripetuta) in epoca successiva grazie all'acquisizione dei reperti in quantità sufficiente ed alla loro conservazione con modalità che ne scongiurino l'alterazione.

I due distinti aspetti assumono rilievo sotto il profilo della disciplina giuridica con particolare riferimento alle diverse garanzie che devono essere assicurate al soggetto coinvolto. Fin da subito possono comunque distinguersi, con riguardo alla sede ed ai soggetti delle attività di acquisizione ed accertamento, gli atti compiuti dagli organi di polizia e quelli effettuati in ambito ospedaliero.

##### *5. Gli accertamenti di polizia: l'etilometro*

La disciplina che riguarda l'uso dell'etilometro si trova negli artt. 186 C.d.s. e 379 del relativo regolamento di esecuzione. L'art. 186, comma 4, C.d.s. stabilisce che gli organi di polizia stradale possono effettuare accertamenti sulle condizioni psicofisiche del conducente di un veicolo avvalendosi degli strumenti e delle procedure previste dal regolamento. A sua volta, l'art. 379, comma 1, del regolamento stabilisce che «l'accertamento dello stato di ebbrezza ai sensi dell'art. 186, comma 4°, del Codice si effettua mediante l'analisi dell'aria alveolare espirata» e che (comma 4) «l'apparecchio mediante il quale viene effettuata la misura della concentrazione alcolica nell'aria espirata è de-

nominato etilometro». Il regolamento prescrive che l'apparecchiatura sia in grado di mostrare i risultati delle misurazioni e di consentire la stampa di detti risultati. L'uso dell'etilometro presuppone la sua omologazione da parte della Direzione generale della M.C.T.C. e l'effettuazione di apposite verifiche l'esito delle quali deve parimenti essere visualizzabile e documentabile (art. 379, comma 4)<sup>13</sup>.

Sotto il profilo processuale l'uso dell'etilometro è stato ormai stabilmente inquadrato nella categoria degli accertamenti urgenti compiuti su luoghi, cose e persone di cui all'art. 354 c.p.p.<sup>14</sup>, come atto di polizia giudiziaria finalizzato a scongiurare l'alterazione e la dispersione delle tracce pertinenti al reato in una situazione in cui il pubblico ministero non può intervenire tempestivamente o non ha assunto la direzione delle indagini. Come atto urgente ed irripetibile, l'ac-

<sup>13</sup> In tema di omologazione e regolare funzionamento dell'etilometro, la giurisprudenza di legittimità, dopo essersi espressa in più occasioni nel senso che, a fronte di un test positivo, è onere dell'imputato dimostrare eventuali malfunzionamenti o problemi di taratura dell'apparecchio utilizzato (cfr. per tutte Cass., sez. IV, 9 gennaio 2015, Travagli, n. 12265, inedita; Cass., sez. IV, 4 aprile 2011, Salamone, 251117; Cass., sez. IV, 24 marzo 2011, Neri, 250324), ha modificato il proprio precedente orientamento spostando sull'accusa l'onere di «fornire la prova del regolare funzionamento dell'etilometro, della sua omologazione e della sua sottoposizione a revisione»: Cass., sez. IV, 6 giugno 2019, Bertossi, 277189. Nel giustificare la nuova posizione, il Supremo Collegio ha fatto riferimento ai principi stabiliti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 113 del 2015, con la quale è stata dichiarata la parziale illegittimità dell'art. 45, comma, 6 d.lgs. 285/1992, nella parte in cui non prevedeva che tutte le apparecchiature impiegate nell'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità (autovelox) siano sottoposte a verifiche periodiche di funzionalità e di taratura, nonché alle decisioni della Cassazione civile che hanno applicato i dicta della Consulta in materia di etilometro.

<sup>14</sup> Sull'argomento, si veda F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili tra prassi devianti e recupero della legalità*, Giappichelli, Torino, 2009, 35; D. CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti tecnici*, Cedam, Padova, 2013, 102; D. POTETTI, *Incertezze della Cassazione sull'applicazione dell'art. 366 c.p.p. agli accertamenti della guida in stato di ebbrezza*, in *Cassazione penale*, 2009, 2550; P. TONINI, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2016, 519. Nel senso che, trattandosi di un prelievo irripetibile «dovrebbero essere osservate le modalità e le garanzie previste dagli artt. 223 ss. disp. coord. c.p.p. per le analisi dei campioni», cfr. G. ICHINO, *L'attività di polizia giudiziaria*, in G. AIMONETTO, (a cura di), *Indagini preliminari e instaurazione del processo*, Giappichelli, Torino, 1999, 182, nota 72. In giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass., S. U., 29 gennaio 2015, in *Diritto penale e processo*, 2015, 844. In generale, sull'accertamento tramite etilometro, si rinvia a L. LUDOVICI, *Alcooltest: profili processuali*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IX agg., Utet, Torino, 2016, 66 ss.

certamento mediante etilometro è destinato ad essere inserito nel fascicolo per il dibattimento a norma dell'art. 431, comma 1, lett. b), c.p.p. e, pertanto, è suscettibile di utilizzazione ai fini del giudizio.

Il valore probatorio pieno attribuito all'atto rende indispensabile, oltre alla documentazione in forma di verbale<sup>15</sup>, il riconoscimento delle garanzie difensive, in particolare quelle previste dagli artt. 356 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p. con riferimento agli atti urgenti di polizia giudiziaria. Si tratta dell'obbligo degli organi procedenti di dare avviso all'interessato della facoltà di farsi assistere dal difensore nel compimento dell'atto e del diritto del difensore all'uopo nominato di assistere ad esso senza tuttavia un correlativo diritto di essere preventivamente avvisato (art. 356 c.p.p.).

La garanzia "minima" del diritto all'avviso in relazione ad un atto destinato ad acquisire piena efficacia probatoria ai fini del giudizio, è assistita dalla previsione generale di nullità in caso di omissione, rientrando in un'ipotesi di lesione del diritto all'assistenza tecnica dell'indagato contemplata dall'art. art. 178, lett. c), c.p.p. ed integrando quindi una nullità a regime intermedio<sup>16</sup>.

Tale vizio è soggetto ad un regime di rilevabilità che, in seguito ad incertezze giurisprudenziali legate all'applicabilità al caso di specie del termine "breve" previsto dall'art. 182, comma 2, c.p.p. quando la parte assiste al compimento dell'atto<sup>17</sup>, è stato identificato nell'"ordinario"

<sup>15</sup> In dottrina si sostiene che il tagliando stampato dall'etilometro costituisce parte integrante del verbale: L. LUDOVICI, *L'omicidio stradale e prova dello stato di ebbrezza*, in *Parola alla difesa*, 2016, 2, 335; D.CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti tecnici*, *op. cit.*, 102. In senso contrario, v. Cass., sez. IV, 10 ottobre 2014, n. 263198.

<sup>16</sup> Cfr. DI GERONIMO, *Il controverso regime della preclusione a dedurre la nullità dell'atto compiuto alla presenza dell'indagato*, in *Cassazione penale*, 2014, 962. In giurisprudenza, v. Cass., S.U., 29 gennaio 2015, *cit.*, Cass., sez. IV, 11 ottobre 2012, n. 254959.

<sup>17</sup> Secondo un orientamento della Corte di cassazione (Cass., sez. IV, 11 marzo 2014, n. 139999; Cass., sez. IV, 4 giugno 2013, n. 255989) la presenza del conducente nello svolgimento dell'atto rende operante la previsione (art. 182, comma 2, c.p.p.) che impone di eccepire la nullità prima dell'atto stesso o immediatamente dopo. In senso diverso, si ritiene che, pur applicandosi il disposto dell'art. 182, comma 2, c.p.p., l'onere dell'eccezione grava sul difensore (Cass., sez. IV, 4 giugno 2013, *cit.*; Cass., sez. III, 28 marzo 2012, n. 252397) il quale, pertanto, se non assiste all'atto, deve eccepire il vizio subito dopo la sua nomina (Cass., sez. IV, 4 luglio 2013, n. 256213) ovvero nel termine di cinque giorni di cui all'art. 366 c.p.p. (Cass., sez. III, 28 marzo 2012, *cit.*),

sbarramento temporale della deliberazione della sentenza di primo grado stabilito dall'art. 180 c.p.p. essendosi ritenuto che, stante l'assenza del difensore al momento del compimento dell'atto, la parte "in senso tecnico" non può essere considerata presente<sup>18</sup>.

In quanto atto garantito, l'alcoltest implica l'obbligo di deposito previsto dall'art. 366 c.p.p., secondo cui i verbali degli atti di indagine ai quali il difensore ha facoltà di assistere sono depositati a cura della polizia giudiziaria nella segreteria del pubblico ministero entro tre giorni dal loro compimento ed il difensore, cui deve essere notificato l'avviso di deposito se non abbia assistito all'atto, può prenderne visione e farne copia nel termine di cinque giorni<sup>19</sup>.

ovvero nel primo atto del procedimento successivo all'alcoltest (Cass., sez. IV, 4 novembre 2009, 245797).

<sup>18</sup> In proposito le Sezioni unite della Cassazione (Cass., S. U., 29 gennaio 2015, *cit.*) hanno respinto un concetto di parte *ex art.* 182, comma 2, c.p.p. che, posto il carattere obbligatorio della difesa tecnica, non implichi sempre il riferimento al difensore. Pertanto, grava sempre su di esso l'onere di eccepire la nullità. La legge, infatti, stabilendo l'obbligo di avvisare l'indagato della facoltà di farsi assistere dal difensore, presume la non consapevolezza di tale facoltà e, pertanto, la mera presenza fisica all'atto nullo non equivale ad una forma di assistenza giuridicamente rilevante trattandosi di partecipazione non consapevole. Parimenti respinte dal *plenum* sono state quelle letture che individuavano per il difensore come termine per l'eccezione di nullità il momento immediatamente successivo al conferimento del mandato, ovvero entro i cinque giorni dal deposito dell'atto *ex art.* 366 c.p.p. o comunque in occasione del primo atto successivo del procedimento: il termine di cui all'art. 182, 2° co., primo periodo, c.p.p., infatti, non opera quando, come nel caso di specie, la parte non assiste al compimento dell'atto. In definitiva, la nullità dell'alcoltest per violazione dell'art. 114 disp. att. va eccepita entro la deliberazione della sentenza di primo grado a norma dell'art. 180 c.p.p.

<sup>19</sup> Parte della giurisprudenza ritiene inapplicabile all'etilometro la garanzia del deposito dei verbali *ex art.* 366 c.p.p. sulla base della considerazione per cui la polizia giudiziaria non ha l'obbligo di acquisire la nomina del difensore o di nominare un difensore d'ufficio: Cass., sez. IV, 7 febbraio 2006, n. 234521; Cass., sez. IV, 17 dicembre 2003, n. 228339. In senso contrario, si afferma che la polizia giudiziaria è tenuta ad applicare l'art. 97 comma 3 c.p.p. anche nel caso di specie: D. POTETTI, *Incertezze della Cassazione sull'applicazione dell'art. 366 c.p.p.*, *op. cit.*, 2558, in senso analogo, cfr. Cass., sez. IV, 22 ottobre 2003, n. 226033, Cass., sez. IV, 20 settembre 2004, n. 230276, le quali tuttavia affermano che l'omesso deposito non incide sulla validità dell'atto, nonché Cass., sez. V, 22 febbraio 1996, n. 205122, che invece aderisce all'orientamento dottrinale (v. D. POTETTI, *Incertezze della Cassazione sull'applicazione dell'art. 366 c.p.p.*, *op. cit.*, 2561) secondo cui il ritardato deposito rappresenta una lesione al diritto al contraddittorio assicurato mediante l'intervento della difesa tecnica

Il sistema di garanzie procedurali fin qui brevemente descritto opera, tuttavia, solo se l'alcoltest viene eseguito quando la polizia abbia elementi concreti in forza dei quali sia possibile ipotizzare l'integrazione di una condotta inscrivibile nelle fattispecie di reato di guida in stato di ebbrezza o di alterazione da stupefacenti. Se, invece, il test viene effettuato a scopo esplorativo ed al fine dell'acquisizione di elementi integranti una notizia di reato, si ritiene che l'accertamento debba essere ricondotto all'attività di vigilanza avente natura amministrativa e, conseguentemente, che non ricorrano le condizioni per l'operatività delle norme codicistiche<sup>20</sup>.

#### 6. *Gli accertamenti in ambito ospedaliero*

Il codice della strada prevede che, ove il conducente sia sottoposto a cure mediche in seguito ad incidente, gli organi della polizia stradale possono chiedere alle strutture sanitarie di base, a quelle accreditate o a quelle equiparate, l'accertamento del tasso alcolemico o della presenza di sostanze stupefacenti o psicotrope (artt. 186, comma 5, 187, comma 3, C.d.s.).

Come evidenziato sopra (par. 1-3), è il sangue la matrice biologica che garantisce il massimo grado di affidabilità nell'accertamento dello stato e del livello di alterazione da alcolici o stupefacenti in cui eventualmente versi il conducente. Mentre gli accertamenti alternativi su mucosa e fluido del cavo orale, previsti dall'art. 187, comma 2 *bis*, C.d.s., oltre a sollevare problematiche applicative ed operative, non garantiscono pari attendibilità<sup>21</sup>.

La preferenza della prassi per gli esami ematici ha suscitato nume-

e, quindi, una integra nullità. Sul regime di detta nullità vi sono oscillazioni giurisprudenziali in merito alla natura relativa od intermedia della stessa e comunque si ritiene che il vizio possa essere dichiarato solo previa dimostrazione dell'effettivo *vulnus* al diritto di difesa: Cass., sez. I, 19 novembre 1998, 211870, conf., in dottrina, D. POTETTI, *Incertezze della Cassazione sull'applicazione dell'art. 366 c.p.p.*, op. cit., 2560 ss. In senso contrario M. BORDIERI, *Sull'omesso avviso al difensore del deposito del verbale dell'alcoltest compiuto dalla polizia giudiziaria su un conducente di autoveicolo*, in *Cassazione penale*, 2006, 1012.

<sup>20</sup> Cfr. Cass., S.U., 29 gennaio 2015, *cit.*

<sup>21</sup> V. *supra*, paragrafo 2.

rosi interventi giurisprudenziali che si sono concentrati sull'operatività delle garanzie procedurali e sui profili attinenti al consenso dell'interessato.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, reso rilevante dal coinvolgimento delle sfere protette della libertà personale e dell'integrità fisica in fase di acquisizione del campione da sottoporre ad analisi e, dunque, implicante la "collaborazione" dell'interessato, la prassi giurisprudenziale ha assunto una discutibile prospettiva "polivalente" nella quale il consenso prestato a scopi terapeutici esplica i suoi effetti anche ai fini dell'accertamento giudiziario.

In particolare, si distinguono due situazioni a seconda che il prelievo ematico venga effettuato nell'ambito dei protocolli medici attivati nel singolo caso ovvero che debba essere effettuato su specifica richiesta della polizia stradale.

La prima situazione, nella quale si possono ricomprendere sia il caso dell'accertamento del tasso alcolemico o della presenza di stupefacenti svolto dal personale sanitario su propria iniziativa sia quello dell'accertamento svolto a richiesta degli organi di polizia su campioni già prelevati dai sanitari, non porrebbe alcun problema di consenso dell'interessato. Si ritiene infatti che il consenso prestato per autorizzare lo svolgimento delle prestazioni sanitarie escluda la necessità di un'ulteriore manifestazione di volontà specificamente riferita alla successiva utilizzazione a fini investigativi dei campioni ottenuti in sede medica.

In relazione all'ipotesi in cui i prelievi e gli accertamenti siano stati effettuati dal personale sanitario nell'ambito di un protocollo medico, si afferma che i relativi risultati possono entrare nel procedimento penale mediante l'acquisizione della documentazione medica che deve considerarsi prova documentale *ex art. 234 c.p.p.*<sup>22</sup>. In questi casi il

<sup>22</sup> Cfr. Cass., sez. IV, 16 gennaio 1998, n. 210262; Cass., sez. IV, 6 luglio 2006, n. 235183, secondo la quale «ai fini della configurabilità della contravvenzione di cui all'articolo 186 del codice della strada, per accertare lo stato di ebbrezza del conducente del veicolo è utilizzabile anche il referto medico relativo al ricovero in ospedale a seguito di incidente stradale, trattandosi di un documento che, a norma dell'articolo 234 cod. proc. pen., può valere come prova nel processo, per il principio del libero convincimento e per l'assenza di prove legali». V. anche Cass., sez. IV, 21 dicembre 2011, n. 252031; Cass., sez. IV, 4 novembre 2009, n. 245997; Cass., sez. IV, 9 dicembre 2008, n. 242834.

consenso prestato dall'interessato agli interventi a scopo terapeutico è sufficiente a "legittimare" le risultanze degli esami eseguiti anche sotto il profilo processuale.

La stessa conclusione in ordine alla "irrilevanza" del consenso al prelievo viene generalmente adottata quando l'accertamento sulla individuazione di sostanze alcoliche o stupefacenti sia stato richiesto dalla polizia, ma venga effettuato su un campione di sangue prelevato ad iniziativa del personale sanitario. Anche in questo caso la tematica del consenso viene "confinata" e risolta in ambito esclusivamente terapeutico poiché, si chiarisce, l'iniziativa della polizia giudiziaria riguarda il solo accertamento non invasivo che integra attività di ricerca della prova di un reato, come tale non subordinata alla volontà dell'interessato<sup>23</sup>. Si è arrivati ad affermare l'irrilevanza della eventuale richiesta della polizia di effettuazione del prelievo quando lo stesso è stato eseguito nell'ambito del protocollo di pronto soccorso a seguito incidente<sup>24</sup>.

Conseguenza ulteriore della collocazione "extrainvestigativa" del prelievo è la non applicabilità della disciplina prevista per gli atti di polizia giudiziaria urgenti ed indifferibili dall'art. 356 c.p.p. e la non ricorrenza dell'obbligo di avvisare l'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia *ex art.* 114 disp. att. c.p.p.<sup>25</sup>

Quando invece il prelievo ematico o di altri campioni biologici viene eseguito su soggetto che si trovi in ambito ospedaliero senza finalità terapeutiche, ma esclusivamente per l'intervenuta richiesta della polizia giudiziaria ed allo scopo di accertare il tasso alcolemico o la presenza di stupefacenti, l'atto assume natura investigativa e deve sottostare al presupposto del consenso nonché alla disciplina di garanzia prevista per gli atti urgenti di polizia giudiziaria *ex artt.* 356 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p.<sup>26</sup>

Tuttavia, la giurisprudenza prevalente non costruisce il consenso all'atto come vero e proprio presupposto dello stesso bensì come suo

<sup>23</sup> Cfr. tra le più recenti, cfr. Cass., sez. fer., 25 agosto 2016, n. 268807, Cass., sez. IV, 27 ottobre 2016, n. 6387, inedita.

<sup>24</sup> Cass., sez. fer., 25 agosto 2016, *cit.*, in motivazione; Cass., sez. IV, 8 ottobre 2015, n. 44800, inedita.

<sup>25</sup> Cass., sez. IV, giugno 2013, n. 257573; Cass., sez. IV, 13 settembre 2016, n. 268505.

<sup>26</sup> Così Cass., sez. fer., 6 agosto 2015, n. 264728.

requisito “negativo” dovendo ricorrere, più che la sua effettiva prestazione, l’assenza di un espresso dissenso dell’interessato al prelievo<sup>27</sup>.

Peraltro, se sul piano processuale il rifiuto al prelievo richiesto dalla polizia giudiziaria determina l’inutilizzabilità dei risultati dell’accertamento eventualmente eseguito sui campioni illegittimamente ottenuti<sup>28</sup>, sul piano sostanziale esso è punibile, analogamente a quanto previsto per il rifiuto del conducente di sottoporsi all’etilometro, ai sensi degli artt. 186, comma 7, e 187, comma 8, C.d.s., i quali contemplan una fattispecie contravvenzionale per chiunque non si sottoponga agli accertamenti relativi al tasso alcolemico nel sangue (commi 3, 4 e 5 dell’art. 186) ovvero all’assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope (commi 2, 2 *bis*, 3 e 4 dell’art. 187).

Fino alla riforma che ha introdotto i reati di omicidio e lesioni

<sup>27</sup> Cfr., fra le molte, Cass., sez. fer., 25 agosto 2016, *cit.*, la quale parla del diritto del conducente ad opporre un “espresso dissenso” al prelievo ematico richiesto dalla polizia giudiziaria e finalizzato esclusivamente all’accertamento della presenza di alcol nel sangue, rilevata la quale l’eventuale accertamento effettuato dalla p.g. è illegittimo ed i suoi risultati inutilizzabili; v. anche Cass., sez. IV, 6 dicembre 2012, n. 254931, nonché, da ultimo, Cass., sez. IV, 18 gennaio 2017, n. 269606, secondo cui «la richiesta al conducente, da parte degli organi di polizia, di sottoporsi al prelievo ematico presso una struttura sanitaria al fine di accertare il tasso alcolemico, non necessita di forme sacramentali potendo anche essere formulata solo oralmente, in modo da non pregiudicare la continuità e celerità degli accertamenti, purché la formula usata risulti idonea a rendere edotto l’interessato che, in assenza di un suo rifiuto, si procederà all’accertamento in uno dei modi indicati dalla legge». *Contra*, v. Cass., sez. IV, 6 aprile 2017, n. 270004: «in tema di guida in stato di ebbrezza, il prelievo ematico compiuto presso una struttura sanitaria, esclusivamente su richiesta della polizia giudiziaria, al fine di accertare il tasso alcolemico e non per motivi di carattere medico - terapeutico, necessita del preventivo consenso dell’interessato, tempestivamente informato sulle finalità del prelievo; ne deriva che, in mancanza del consenso, i relativi risultati sono inutilizzabili». Per le critiche alla posizione della sufficienza del consenso implicito, cfr. M. STRAMAGLIA, *Revirement della Cassazione sulla legittimità dei prelievi ematici per l’accertamento del tasso alcolemico: non serve il consenso, basta che manchi il dissenso*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, il quale ritiene che in seguito alla riforma del codice di rito penale operata con la l. n. 85/2009, «la verifica del consenso al prelievo e all’accertamento medico sia assurda a requisito di legittimità dello stesso». V. anche M. GIALUZ, *L’accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2014, 309, per i profili di incompatibilità costituzionale dell’opzione interpretativa.

<sup>28</sup> Sulla inutilizzabilità *ex art.* 191 c.p.p. del prelievo ematico non effettuato nell’ambito di un protocollo medico, cfr. Cass., sez. fer., 25 agosto 2016, *cit.*

stradali, la scelta legislativa è stata quella della semplice “obbligatorietà” degli accertamenti *de quibus*, ossia dell’obbligo per il soggetto di sottoporsi ad essi pena, tuttavia, in caso di sua violazione, l’applicazione di sanzione penale e di sanzioni amministrative accessorie identiche a quelle previste per l’ipotesi più grave del reato di guida in stato di ebbrezza. Si è in sostanza evitata l’imposizione coercitiva degli accertamenti, *rectius*, dei prelievi finalizzati ad essi.

Se è certamente discutibile l’uso di una comminatoria particolarmente severa per ottenere un effetto psicologico coattivo di indubbia intensità, risulta decisamente sproporzionato l’ambito applicativo che la giurisprudenza riconosce alle norme incriminatrici appena menzionate. Si afferma, infatti, la punibilità del renitente non solo quando ricusi il prelievo richiesto dalla polizia giudiziaria ma perfino quando, a prescindere da tale iniziativa, vi sia un rifiuto dei trattamenti terapeutico-sanitari cui il personale ospedaliero intende sottoporre l’interessato in forza dei protocolli applicabili al caso di specie<sup>29</sup>. La conclusione, che poggia sulla ritenuta non operatività del diritto di difesa dell’indagato quando esso sia oggetto e non fonte di prova<sup>30</sup>, determina un’evidente commistione fra consenso a fini terapeutici e consenso a fini processuali la quale finisce per imporre all’interessato una decisione, direttamente attinente al proprio diritto alla salute (art. 32 Cost.), che tuttavia viene adottata per ragioni del tutto eccentriche rispetto alla tutela del diritto stesso e, sotto tale profilo, ne realizza una indebita compressione con riguardo all’interesse ad un idoneo trattamento terapeutico.

<sup>29</sup> Cass., sez. IV, 10 gennaio 2017, n. 4236, inedita.

<sup>30</sup> Chiarisce in motivazione Cass., sez. IV, 10 gennaio 2017, n. 4236, inedita, che «il principio *nemo tenetur se detegere* vale quando l’indagato sia “organo” dell’attività probatoria (ad esempio, esercitando il diritto al silenzio nel rendere interrogatorio), non quando egli sia “oggetto” della ricerca della prova; dal che è esclusa la violazione del diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost.». Né, prosegue la decisione, deve sfuggire «che quest’ultimo indirizzo è avvalorato, in linea di principio, dalla recentissima Direttiva UE n. 2016/343 (9 marzo 2016) del Parlamento europeo e del Consiglio, il cui art. 7, se al primo comma sancisce il diritto dell’indagato di restare in silenzio in merito al reato che gli viene contestato e riconosce, al secondo comma, il suo diritto a non autoincriminarsi, al terzo comma precisa tuttavia che l’esercizio di quest’ultimo “non impedisce alle autorità competenti di raccogliere prove che possono essere ottenute lecitamente ricorrendo a poteri coercitivi legali e che esistono indipendentemente dalla volontà dell’indagato o imputato”».

## 7. I prelievi coattivi

Con la l. 23 marzo 2016, n. 41, introduttiva delle nuove fattispecie incriminatrici dell'omicidio e delle lesioni stradali, il legislatore ha rafforzato le potenzialità investigative funzionali all'accertamento di detti reati e, in particolare, delle severe circostanze aggravanti per essi previste, svincolandole dalla volontà dell'indagato. Questi, infatti, opponendosi alle verifiche sullo stato di alterazione da alcool o stupefacenti, avrebbe avuto la possibilità di "alleggerire" in modo consistente il trattamento sanzionatorio delle fattispecie di omicidio e lesioni aggravate dall'aver il reo commesso il fatto guidando in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di stupefacenti<sup>31</sup>.

Nell'ottica di sottrarre all'indagato/imputato il controllo sulla prova delle condizioni di alterazione mediante l'analisi delle matrici biologiche, il legislatore è intervenuto sugli artt. 224 *bis* («Provvedimenti del giudice per le perizie che richiedono il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale») e 359 *bis* c.p.p. («prelievo coattivo di campioni biologici su persone viventi»), prevedendo la possibilità per il giudice, in sede di perizia<sup>32</sup>, e per il pubblico ministero, nelle

<sup>31</sup> A fronte di una pena per l'ipotesi "base" di omicidio stradale che l'art. 589 *bis*, comma 1, c.p. fissa nella reclusione da due a sette anni, il secondo comma di detta disposizione commina la reclusione da otto a dodici anni per «chiunque, ponendosi alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope ai sensi rispettivamente degli articoli 186, comma 2, lettera c), e 187 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, cagioni per colpa la morte di una persona». Quanto alla fattispecie di lesioni stradali gravi e gravissime, l'art. 590 *bis*, comma 1, c.p. stabilisce per l'ipotesi semplice la pena da tre mesi ad un anno di reclusione, per le lesioni gravi, e da uno a tre anni, per le lesioni gravissime. Per la fattispecie aggravata, invece, le pene vanno da un anno e sei mesi a tre anni di reclusione, per le lesioni gravi, e da due a quattro anni, per le lesioni gravissime, qualora le lesioni siano state provocate, analogamente a quanto previsto in tema di omicidio stradale, da un conducente in stato di ebbrezza con tasso alcolemico superiore a 0,8 g/l e non superiore a 1,5 g/l (c.d. ebbrezza media) o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope.

<sup>32</sup> I poteri previsti dall'art. 224 *bis* c.p.p. di ordinare l'esecuzione coattiva di «atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici» ove risulti «assolutamente indispensabile per la prova dei fatti», sono stati estesi ai procedimenti per i delitti di cui agli artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p.

indagini preliminari<sup>33</sup>, di disporre coattivamente, con decreto motivato, i prelievi e gli accertamenti necessari per la prova dello stato di alterazione.

Dati i rapidi tempi di metabolizzazione dell'alcool o della droga e la conseguente pratica impossibilità di svolgere accertamenti efficaci con i tempi della perizia (anche se svolta in incidente probatorio), è il nuovo strumento investigativo previsto dal comma 3 *bis* dell'art. 359 *bis* c.p.p. che dovrebbe essere particolarmente congeniale a fini probatori<sup>34</sup>. È per questo che ha suscitato forti perplessità la formulazione testuale priva di un riferimento espresso al potere di effettuare il prelievo di sangue, ossia della matrice biologica in grado di fornire il più alto livello di affidabilità negli accertamenti in questione.

Se infatti si adotta un approccio esegetico della disciplina dei prelievi coattivi ispirato alla rigorosa lettura dell'art. 13 Cost., le tipologie menzionate nell'art. 224 *bis*, comma 1, c.p.p., cui rinvia l'art. 359 *bis* c.p.p., nonché il riferimento del comma 3 *bis* di quest'ultimo agli «accertamenti dello stato di ebbrezza alcolica ovvero di alterazione correlata all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope», andrebbero intesi tassativamente e, dunque non sarebbe ammesso il prelievo ematico, esplicitamente non incluso<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> La l. 41 del 2016 ha introdotto il comma 3 *bis* dell'art. 359 *bis* c.p.p., il quale, nei procedimenti per i reati di cui agli artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p. autorizza il pubblico ministero a disporre in via coattiva le operazioni di prelievo previste dall'art. 224 *bis* c.p.p. «se vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio per le indagini» e «qualora il conducente rifiuti di sottoporsi agli accertamenti dello stato di ebbrezza alcolica ovvero di alterazione correlata all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope». Il provvedimento, che ha la forma del decreto motivato, adottato anche oralmente e poi confermato per iscritto, deve essere convalidato dal giudice per le indagini preliminari entro le quarantotto ore dall'adozione.

<sup>34</sup> Va precisato che l'estensione dei poteri coercitivi previsti dall'art. 224 *bis* c.p.p. ai procedimenti per i delitti di cui agli artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p. consente l'espletamento della perizia e, grazie al rinvio contenuto nel comma 1 dell'art. 359 *bis* c.p.p., della consulenza tecnica del pubblico ministero, in ordine a qualsiasi profilo probatorio rilevante ai fini dell'accertamento delle nuove fattispecie incriminatrici «stradali» e non solo sulle condizioni di alterazione del conducente. Diversamente, il procedimento urgente introdotto nel comma 3 *bis* dell'art. 359 *bis* c.p.p. è espressamente riservato ai soli atti finalizzati agli accertamenti sullo stato di ebbrezza alcolica e di alterazione da stupefacenti.

<sup>35</sup> La posizione interpretativa si ispira alla sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 1996, la quale ha ritenuto che «il prelievo ematico comporta certamente una

Nella prassi applicativa immediatamente successiva all'entrata in vigore della l. 41/2016 è tuttavia prevalsa la tesi favorevole alla coercibilità del prelievo ematico, tesi che poggia in prevalenza sulla possibilità di ricomprenderlo nella categoria residuale degli «accertamenti medici», in relazione ai quali l'art. 224 *bis* c.p.p. autorizza l'esecuzione coattiva<sup>36</sup>.

In ogni caso, ad alcuni anni dall'entrata in vigore della disciplina, la questione interpretativa non sembra aver avuto particolari strascichi operativi e non si rilevano interventi giurisprudenziali degni di nota,

restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo». Inoltre, osserva la Corte che la limitazione imposta col prelievo coattivo di sangue «è tanto più allarmante – e quindi bisognevole di attenta valutazione da parte del legislatore nella determinazione dei “casi e modi” in cui può esser disposta dal giudice – in quanto non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona [...] e di quella sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale, una parte che è, sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla». Per l'assunto dell'inammissibilità del prelievo ematico coattivo, cfr. A. BIGIARINI, *Gli aspetti processuali più rilevanti: prelievo biologico coattivo, arresto in flagranza e competenza del giudice*, in *Diritto penale e processo*, 2016, 4, 445; F. GIUNCHEDI, *Le criticità dei profili probatori della legge n. 41 del 2016*, in *Parola alla difesa*, 2016, 2, 320; Procura della Repubblica di Trento, *La nuova disciplina dell'omicidio e delle lesioni stradali [legge 23 marzo 2016 n. 41]. Linee guida e indicazioni operative*, circolare 29 marzo 2016, n. 5, prot. n. 499/2016, 6.

<sup>36</sup> All'indomani della promulgazione della riforma dei reati stradali varie procure hanno prodotto direttive tendenti, oltre che a fornire indicazioni strettamente operative, a chiarire la portata delle nuove norme. In favore della legittimità del prelievo ematico, cfr. Procura della Repubblica di Torino, *Direttive in materia delle nuove ipotesi incriminatrici*, cit., 9-10; Procura della Repubblica di Grosseto, *Direttiva relativa alle nuove fattispecie*, cit., 10; Procura della Repubblica di Udine, *Prime linee-guida sull'applicazione della L. 23 marzo 2016, n. 41*, prot. 1971/2016, 31 marzo 2016, 5; Procura della Repubblica di Macerata, *Linee-guida sull'applicazione della L. 23 marzo 2016 n. 41*, 6; Procura della Repubblica di Aosta, *Linee guida e direttive relative alla legge n. 41/2016*, prot. n. 959, 22 luglio 2016, 6. Nelle citate direttive si evidenzia, con vari accenti, il carattere esemplificativo dell'elenco di cui all'art. 224 *bis*, comma 1 *bis*, c.p.p. nonché il valore esegetico della chiara *voluntas legis* relativamente alla legittimazione del prelievo ematico. Per ulteriori argomenti a sostegno della tesi “inclusiva”, si veda, volendo, A. TASSI, *Le modifiche al codice di procedura penale ed al d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 sulla competenza penale del giudice di pace. I prelievi coattivi. Procedibilità, competenza ed attribuzione. Accelerazione dei processi. Interventi in materia di libertà personale*, in *Il reato di omicidio stradale*, R. ACQUAROLI, S. POLLASTRELLI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2017, 132 ss.

segno che probabilmente nella prassi la modalità ancora oggi preminente per l'accertamento del tasso alcolemico e dell'alterazione da stupefacenti è quella dei prelievi "ospedalieri" secondo protocolli terapeutici o a richiesta della polizia.

Quanto ai profili di garanzia, i prelievi coattivi previsti dall'art. 359 *bis*, comma 3 *bis*, c.p.p. implicano, grazie al richiamo ai commi 1 e 2 dell'art. 365 c.p.p., il diritto all'assistenza tecnica tramite la nomina di un difensore d'ufficio *ex art.* 97, comma 3, c.p.p. in favore del soggetto che, richiesto se intende nominare un difensore di fiducia, non si avvalga della facoltà. Il difensore, da canto suo, deve essere tempestivamente informato del decreto e delle operazioni da compiere ed ha il diritto di assistere alle medesime. Il diritto all'assistenza difensiva innesca l'obbligo di deposito dell'atto e le facoltà di prenderne cognizione ed estrarne copia di cui all'art. 366 c.p.p., nonché l'obbligo dell'informazione di garanzia e dell'informazione sul diritto di difesa di cui agli artt. 369 e 369 *bis* c.p.p.

Il prelievo coattivo, quale atto urgente, deve ritenersi irripetibile e, come tale, il verbale delle relative operazioni trova collocazione nel fascicolo per il dibattimento.

## 8. Conclusioni

Il fattore temporale dell'urgenza nella raccolta degli elementi utili all'accertamento della guida in condizioni di alterazione da consumo di alcool o stupefacenti determina una sensibile compressione delle garanzie difensive nel corso delle indagini preliminari nonché nel procedimento di acquisizione della prova utilizzabile ai fini della decisione. In particolare, l'assistenza difensiva, pur garantita al livello normativo, in concreto risulta di dubbia effettività stanti i ridottissimi tempi di intervento a disposizione e la dislocazione sul territorio dei luoghi in cui vengono effettuate le operazioni, spesso in ore notturne. Ciò determina la pratica impossibilità di un reale controllo su attività di polizia suscettibili di assumere valore determinante nei successivi sviluppi processuali.

Inoltre, la commistione fra esigenze di cura ed esigenze di accertamento dei reati, indotta dalle previsioni degli artt. 186, comma 5, 187, comma 3, C.d.s. e dalle relative prassi applicative e giurisprudenziali,

ziali, ha finito per distogliere dalla preminente funzione terapeutica gli spazi ospedalieri attribuendo impropriamente agli stessi, a scapito del compito di garantire il diritto alla salute, un improprio ruolo centrale nell'accertamento delle responsabilità penali diretto all'esercizio della funzione repressiva.



## *'Finis vitae longissimus'* e l'usufrutto dei *municipes*

Roberto Pesaresi \*

SOMMARIO: 1. Le fonti. – 2. Il termine di cento anni tra tendenze bizantine e cultura pagana. – 3. I passi di Gaio e il problema della 'personalità giuridica' dei *municipia*.

### 1. *Le fonti*

In due testi di Gaio, conservati nella compilazione giustiniana e tratti dal commentario all'editto provinciale, si fissa per l'usufrutto costituito in favore di una comunità municipale senza previsione di un termine finale una durata di cento anni, considerata il limite naturale della vita umana:

D. 33.2.8, Gaius 3 *ad ed. prov.*<sup>1</sup>: *si usus fructus municipibus legatus erit, quaeritur, quousque in eo usu fructu tuendi sint: nam si quis eos perpetuo tueretur, nulla utilitas erit nudaе proprietatis semper abscedente usu fructu. Unde centum annos observandos esse constat, qui finis vitae longissimus esset.*

D. 7.1.56, Gaius 17 *ad ed. prov.*: *an usus fructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est: periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte nec facile capitis deminutione periturus est, qua ratione proprietas inutilis esset futura semper abscedente usu fructu. Sed tamen placuit dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usu fructu municipes: et placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est.*

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale l'usufrutto, in assenza di un termine finale previsto nel titolo costitutivo, si considerava costituito vita natural durante dell'usufruttuario e si

\* Ricercatore di Diritto Romano e Diritti dell'antichità, Università degli Studi di Macerata.

<sup>1</sup> Il manoscritto della *Florentina* reca, nell'*inscriptio* del frammento, la dicitura "de legatis ad edictum provinciale", frutto di un evidente errore di trascrizione.

estinguere con la sua morte<sup>2</sup>. Nel caso delle comunità municipali si dovette quindi ricorrere per analogia a un termine considerato convenzionalmente pari alla durata massima che poteva avere la vita di un uomo<sup>3</sup>.

## 2. *Il termine di cento anni tra tendenze bizantine e cultura pagana*

Entrambi i frammenti sono stati sottoposti a un vaglio assai severo dalla critica moderna, e molti dubbi sono stati avanzati sull'attribuibilità a Gaio del termine di un secolo quale limite di durata dell'usufrutto. Si è infatti sostenuto, sulla base di una risalente e consolidata interpretazione, che il termine di cento anni sarebbe stato introdotto nei testi gaiani dai compilatori giustiniane, forse sulla scorta di una prassi affermatasi in età postclassica nelle province orientali<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> D. 7.4.3.3, Ulp. 17 *ad Sab.*

<sup>3</sup> Com'è noto, la validità dei legati disposti in favore di una *civitas*, ancora controversa nella giurisprudenza del I sec., venne definitivamente riconosciuta da Nerva: *civitatibus omnibus, quae sub imperio populi Romani sunt, legari potest; idque a divo Nerva introductum, postea a senatu auctore Hadriano diligentius constitutum est* (Tit. Ulp. 24.28); in letteratura si v. in particolare G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino, 1962, 194 ss.; sul legato d'usufrutto v. invece R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, Cedam, Padova, 1979, III, 72 ss.; P. VOCI, *Legato (dir. rom.)*, in *ED*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 707 ss.; ID., *Diritto ereditario romano*, Giuffrè, Milano, 1963, II, 311 ss.

<sup>4</sup> In tal senso C. FADDA, *Il limite di tempo all'usufrutto delle persone giuridiche*, in *Atti della reale accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, XXXIV, 1903, 55 ss.; ID. *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Pierro, Napoli, 1902, II, 182 ss. Per il S. DI MARZO, *Sull'usufrutto delle persone giuridiche nel diritto romano classico*, in *Bollettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 14, 1901, 122 ss., i testi avrebbero subito ancor più estese interpolazioni. Forti sospetti sui testi di Gaio avanzava altresì il Messina Vitrano, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, Palermo, 1912, 61 ss., secondo cui al tempo di Gaio non sarebbe stata ancora riconosciuta alle persone giuridiche la capacità di acquistare il *ius utendi fruendi*, ammessa solo in seguito da Papiniano e dalla giurisprudenza d'età severiana. L'ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle «res cottidianae»*. *Studio di giurisprudenza postclassica*, in *Studi On. Bonfante*, Treves, Milano, 1930, I, 500, seguito dal S. SOLAZZI, *Saggi di critica romanistica*, in *Bollettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"* 49-50, 1947, 396 nt. 168, propende invece per un'interpolazione pregiustiniana. Anche il G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino, 1958, 299; 380-381, considera insiticio il limite di cento anni. Per una parziale rivalutazione dei testi gaiani si v. invece P. STEIN,

Un elemento a favore della tesi di un'origine bizantina del limite di cento anni si è ravvisato nelle statuizioni di Nov. IX,1 [535 d.C.]<sup>5</sup>. Tra i più risalenti provvedimenti legislativi di Giustiniano questa costituzione accordava un ragguardevole privilegio alle chiese cattoliche d'Occidente e d'Oriente, stabilendo che ad esse non potessero essere opposte le ordinarie eccezioni temporali per decorso del termine trentennale di esercizio dell'azione e che i loro diritti rimanessero integri per un periodo di cento anni, riconosciuto come «*finis vitae longaevi hominis*»<sup>6</sup>.

*Generations, life-spans and usufructus*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1962, 9, 335 ss.; e in senso conservativo anche G. WESENER, *Usus Fructus*, in *PW*, IX, A, I, 1961, 1147; N. SCAPINI, *Usufrutto (dir. rom.)*, in *ED*, XLV, Giuffrè, Milano, 1992, 1096. Nella letteratura successiva D. DALLA, *Ricerche di diritto delle persone*, Giappichelli, Torino, 1995, 47 ss.

<sup>5</sup> Su questo provvedimento legislativo si v. F. DE MARINI AVONZO, *Giustiniano e le vicende della praescriptio centum annorum*, in *Studi On. E. Betti*, Giuffrè, Milano, 1962, III, 103 ss.

<sup>6</sup> *Et legum originem anterior Roma sortita est, et summi pontificatus apicem apud eam esse nemo est qui dubitet. Unde et nos necessarium duximus patriam legum, fontem sacerdotii, speciali nostri numinis lege illustrare, ut ex hac in totas catholicas ecclesias, quae usque ad oceani fretum positae sunt, saluberrimae legis vigor extendatur, et sit totius occidentis, nec non orientis, ubi possessiones sitae inveniuntur ad ecclesias nostras sive nunc pertinentes seu postea eis acquirendae, lex propria ad honorem dei consecrata.*

1. *Cum enim antiqua iura triginta annorum metis temporales exceptiones circumcludebant et, si hypotheca fuerat, paulo longiora eis spatia condonabant, nos sacrosanctas ecclesias huiusmodi quidem curriculis temporum nullatenus excludi concedimus, et maxime in his rebus in quibus vel laesionem sustinuerint vel quicquam debeatur. Sed centum tantummodo annorum lapsu temporalem exceptionem eis opponi sancimus, ut maneant per totum supradictum tempus integra iura ecclesiastica et non possit eis alia praeter centum annorum obviare exceptio, cum hoc tempus vitae longaevi hominis plerumque finis esse dignoscitur.*

2. *Habeat itaque vestra sanctitas hanc legem catholicis totius occidentis ecclesiis profuturam et in orientales partes propagandam in quas aliquid sacrosanctae vestrae ecclesiae possident: ut sit deo omnipotenti dignum donarium divinarum rerum tuitio, nec iniquis hominibus impium remaneat praesidium et tutus peccandi locus etiam scientibus relinquatur, sed ille servetur innocens, qui re vera innoxius sit, nec improba allegatione sese tueatur, tempus pro puritate praetendens.*

3. *Quod igitur nostra aeternitas ad omnipotentis dei honorem venerandae sedi summi apostoli Petri dedicavit, hoc habeant omnes terrae, omnes insulae totius occidentis, quae usque ad ipsos oceani recessus extenduntur, nostri imperii providentiam per hoc in aeternum reminiscentes.*

Se è innegabile che Nov. IX,1 rappresenta, a parte i due frammenti gaiani, l'unica testimonianza di natura propriamente giuridica in cui si menzioni il termine di un secolo commisurato sulla vita dell'uomo, è nondimeno indubbio che già nella cultura pagana un periodo di cento anni era considerato il limite estremo dell'esistenza umana.

In un passo di Varrone la radice etimologica di «*saeculum*» viene individuata in «*senex*» sulla base della considerazione di uno spazio temporale di cento anni come limite della vita di un uomo longevo: *seculum spatium annorum centum vocarunt, dictum a sene, quod longissimum spatium senescendorum hominum id putarunt*<sup>7</sup>. E questa percezione del limite temporale massimo dell'esistenza umana ricorre anche in Plinio il Vecchio, che la ricollega ad antiche cognizioni della medicina egizia: *augeri id per singulos annos in homine et binas drachmas ponderi ad quinquagesimum annum accedere, ab eo detrabi tantundem, et ideo non vivere hominem ultra centesimum annum defectu cordis Aegyptii existimant, quibus mos est cadavera adservare medicata*<sup>8</sup>. Analoghi riferimenti si rinvencono, nella letteratura successiva, negli ἑπειροκρητικά di Artemidoro di Dalidi, i cui primi due libri contengono anche nozioni di anatomia umana, e in Censorino, che, com'è noto, attinge ampiamente all'opera di Varrone<sup>9</sup>. Pertanto, anche alla luce del vasto influsso che gli scritti varroniani ebbero in molteplici ambiti della cultura antica, non si può affatto escludere, e appare anzi l'ipotesi più plausibile, che già la giurisprudenza classica avesse introdotto il

4. *Huiusmodi legis praerogativam, sicut supra dictum est, non solum in occidentalibus partibus Romanae ecclesiae condonamus, sed etiam in orientalibus, in quibus ecclesiasticae urbis Romae possessiones sunt vel postea fuerint.*

5. *Scilicet omnibus iudicibus maioribus et minoribus, qui Christiani et orthodoxi sunt, hanc nostram constitutionem servantibus: nihilominus huiusmodi legis temeratoribus post caelestes poenas etiam legitimum semper vigorem pertimescentibus et poenam quinquaginta librarum auri formidantibus. Hac lege non solum in postea emergentibus causis suum tenorem exercente, sed etiam in his quae iam in iudicium sunt deductae. Sanctitas itaque tua praesentem nostrae mansuetudinis legem piissimam sive sacrosanc-tam oblationem quam deo dedicamus accipiens inter sacratissima vasa reponat, et a vobis servandam et omnes ecclesiasticas possessiones servaturam. [Dat. XVIII. k. Mai CP. Belisario cons.].*

<sup>7</sup> *De ling. lat.* 6.2.11.

<sup>8</sup> *Nat. Hist.* 11.70.184.

<sup>9</sup> *De die nat.* 17.2: *saeculum est spatium vitae humanae longissimum partu et morte definitum.*

termine di cento anni come limite di durata dell'usufrutto per sopperire alla mancanza di una determinazione nel titolo costitutivo.

Per l'origine postclassica o giustiniana del limite di cento anni non è decisivo neppure un frammento delle *quaestiones* di Papiniano:

D. 31.66.7, Papin. 17 *quaest.*: *a municipibus heredibus scriptis detracto usu fructu legari proprietates potest, quia non utendo possunt usum fructum amittere.*

Si è sostenuto che i passi di Gaio non avrebbero potuto contemplare il limite di cento anni poiché altrimenti Papiniano avrebbe dovuto, nel caso pur particolare esaminato nel testo, appellarsi all'esistenza di un termine anziché fondare la sua argomentazione sull'estinzione per non uso<sup>10</sup>. Questa argomentazione è solo in apparenza persuasiva, poiché, a ben vedere, si presta a una decisiva obiezione. L'estinzione per non uso presuppone infatti che l'usufrutto fosse validamente costituito, e dunque la questione dibattuta da Papiniano non poteva concernere il profilo della necessaria temporaneità, la cui mancanza avrebbe determinato la radicale nullità del lascito. Nonostante le difficoltà esegetiche poste dalla brevità del frammento, di cui non ci è pervenuto il contesto, è plausibile che il problema affrontato dal giurista non riguardasse la capacità dei *municipes* di essere beneficiari dell'usufrutto ma, in una prospettiva più generale, i presupposti di validità – anche in relazione ai diversi effetti correlati alla forma *per damnationem* o *per vindicationem* che avrebbe potuto assumere – del legato della nuda proprietà *deducto usufructo*<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. C. FADDA, *Il limite di tempo all'usufrutto*, *op.cit.*, 67 ss.; sul *non usus* come causa di estinzione dell'*usufructus* si v. G. GROSSO, *Usufrutto*, *op. cit.*, 389; M. BRETONNE, *La nozione romana di usufrutto*, Jovene, Napoli, 1967, II, 108 ss.

<sup>11</sup> La natura delle questioni teoriche discusse da Papiniano doveva dunque essere riconducibile nell'ordine delle problematiche di cui serba testimonianza C. 3.33.14, *Imp. Iustinianus a Iul. pp.*: *antiquitas dubitabat, si quis fundum vel aliam rem cuidam testamento reliquerit, quatenus usus fructus apud heredem maneat, si huiusmodi constat legatum. Et cum quidam inutile legatum esse existimabant, quia usus fructus numquam ad suam redit proprietatem, sed semper apud heredem remanet, et forsitan hoc existimabant, quia et secundum heres et deinceps successores unus esse videntur et non potest huiusmodi usus fructus secundum veterem distinctionem solitis modis extinguere, alii autem huiusmodi legatum non esse respuendum existimaverunt: tales altercationes decedentes censemus et huiusmodi legatum firmum esse et talem usum fructum una cum herede finire et illo moriente vel aliis legitimis modis eum amittente expirare. Quare enim*

A conclusioni simili si deve pervenire anche con riferimento a un passo di Modestino:

D. 7.4.21, Modest. 3 *diff.*: *si usus fructus civitati legetur et aratrum in ea inducatur, civitas esse desinit, ut passa est Carthago, ideoque quasi morte desinit habere usum fructum.*

Il testo concerne l'estinzione anticipata dell'usufrutto costituito in favore di una *civitas*, che non è affatto incompatibile con l'esistenza di un termine finale della durata indicata da Gaio<sup>12</sup>.

Infine ad aspetti esclusivamente fiscali, relativi alla quantificazione e al versamento della *vicesima hereditatis*, si riferiscono i termini temporali menzionati in un testo di Macro<sup>13</sup>.

In conclusione entrambi i frammenti di Gaio possono assumersi come genuina espressione del pensiero giuridico del II secolo d.C.

*iste usus fructus sibi tale vindicat privilegium, ut generali interemptione usus fructus ipse solus excipiatur? quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. Et propter hoc et usum fructum finiri et ad proprietatem suam redire et utile esse legatum sancientes huiusmodi paucissimis verbis totam eorum ambiguitatem delevimus [a. 530].* In letteratura si v. sul punto il classico saggio del PAMPALONI, *La nuda proprietà nella dottrina dei legati*, in *Mélanges Girard*, Paris, Sirey, 1912, II, 332 ss.

<sup>12</sup> Cfr. STEIN, *Generations, life-spans and usufructus*, *op. cit.*, 335 ss

<sup>13</sup> D. 35.2.68.pr., MACER 2 *ad leg. vicens. hered.: computationi in alimentis faciendae hanc formam esse Ulpianus scribit, ut a prima aetate usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum triginta annorum computetur eiusque quantitatis Falcidia praestetur, ab annis vero viginti usque ad annum vicesimum quintum annorum viginti octo, ab annis viginti quinque usque ad annos triginta annorum viginti quinque, ab annis triginta usque ad annos triginta quinque annorum viginti duo, ab annis triginta quinque usque ad annos quadraginta annorum viginti. Ab annis quadraginta usque ad annos quinquaginta tot annorum computatio fit, quot aetati eius ad annum sexagesimum deerit remisso uno anno: ab anno vero quinquagesimo usque ad annum quinquagesimum quintum annorum novem, ab annis quinquaginta quinque usque ad annum sexagesimum annorum septem, ab annis sexaginta, cuiuscumque aetatis sit, annorum quinque. Eoque nos iure uti Ulpianus ait et circa computationem usus fructus faciendam. Solitum est tamen a prima aetate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri, ab annis vero triginta tot annorum computationem inire, quot ad annum sexagesimum deesse videntur. Numquam ergo amplius quam triginta annorum computatio initur. Sic denique et si rei publicae usus fructus legetur, sive simpliciter sive ad ludos, triginta annorum computatio fit.*

### 3. I passi di Gaio e il problema della ‘personalità giuridica’ dei *municipia*

I testi di Gaio risultano di particolare interesse in relazione alla *vexata quaestio* del riconoscimento ai *municipia* di una forma di personalità giuridica. Sotto questo profilo merita valutare in quale rapporto i frammenti gaiani in tema di usufrutto si pongano rispetto alla costruzione teorica contenuta in altro e assai noto passo del commentario all’editto provinciale. Potrebbe infatti cogliersi una distonia, se non una vera e propria contraddizione, tra il riferimento ai *municipes*, ove inteso in un’accezione ‘collettivistica’ incline a identificare le comunità municipali con la totalità dei cittadini, e la concezione delle *civitates* come enti astratti dotati di una forma di personalità giuridica<sup>14</sup>:

D. 50.16.16, Gaius 3 *ad ed. prov.*: *eum qui vectigal populi Romani conductum habet, “publicanum” appellamus. Nam “publica” appellatio in compluribus*

<sup>14</sup> Sulla valenza semantica e l’evoluzione storica delle nozioni di ‘*municipes*’ e ‘*municipium*’ si v. in particolare M. TALAMANCA, *Aulo Gellio ed i ‘municipes’*. Per un’*esgesi di ‘Noctes Atticae’* 16.13, in AaVv., *Gli statuti municipali*, Pavia, Iuss Press 2006, 443 ss.; M. HUMBERT, *Municipes et municipium: définition et histoire*, in AaVv., *Gli statuti municipali, op. cit.*, 3 ss. Per gli aspetti legati alla ‘personalità giuridica’ sono ancora attuali e fondamentali le indagini dell’Orestano, *Il problema delle fondazioni in diritto romano. Appunti dalle lezioni tenute nell’Università di Genova*, Giappichelli, Torino, 1959, I, 64 ss. Sui passi di Gaio si sofferma H. KRELLER, *Zwei Gaiusstellen zur Geschichte der juristischen Person*, *Atti del congr. intern. di diritto romano e storia del diritto – Verona 27-28-29-IX-1948*, Giuffrè, Milano, 1951, III, 3 ss.; in letteratura si v. inoltre C. SALKOWSKI, *Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen insbesondere den sogenannten korporativen Societäten und Genossenschaften*, Leipzig, Tauchnitz, 1863, 3 ss.; L. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte der juristischen Person. Universitas, Corpus, Collegium im klassischen römischen Recht*, Beck, München, 1933, 59 ss.; B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, Sirey, 1942, 117 ss.; *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Giappichelli, Torino, I, 79 ss.; U. VON LÜBTOW, *Bemerkungen zum Problem der juristischen Person*, in *L’Europa e il diritto romano, Studi in memoria di P. Koschaker*, Giuffrè, Milano, 1954, II, 469 ss.; B. ALBANESE, s.v. *Persona (Diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIII, 1983, 180-181; ID., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 560 ss.; P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Giappichelli, Torino, 1990, 175 ss.; J.M. BLANCH NOUGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en derecho romano*, Dykinson, Madrid, 2007, 19 ss.; L. PEPPE, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Remo Martini*, Giuffrè, Milano, 2010, III, 69 ss.

*causis ad populum Romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur.*

La concezione teorica della *civitas* come ente astratto emerge anche da un altro frammento di Gaio parimenti tratto dal terzo libro *ad edictum provinciale*:

D. 3.4.1.1, Gaius 3 *ad ed. prov.*: *quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.*

Nel testo in esame, come argomentato da una corrente della dottrina, «*res publica*» non designa lo Stato (*res publica romana*) ma è sinonimo, in un'accezione focalizzata sugli aspetti patrimoniali, di organizzazione municipale<sup>15</sup>. In tal senso depone anche un passo di Ulpiano in cui si instaura una simmetria concettuale tra il binomio *municipes/universitas* e quello *res publica/universitas*:

D. 3.4.2, Ulp. 8 *ad ed.*: *si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi: hic enim pro re publica vel universitate intervenit, non pro singulis.*

Ciò premesso, nel pensiero di Gaio non si delinea alcuna contraddizione tra il riferimento ai *municipes* in materia di usufrutto e la concezione astratta della *civitas* come soggetto di diritti e rapporti giuridici. La menzione dei *municipes* designa infatti la cerchia dei possibili beneficiari del lascito, in quanto appartenenti a una comunità municipale, ma non è incompatibile con la concezione astratta della *civitas* come ente dotato di una forma di personalità giuridica. Nell'impostazione gaiana si può infatti cogliere il riflesso di una costruzione giu-

<sup>15</sup> In tal senso R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni*, *op.cit.*, I, 37 ss., e gli autori ivi citati; cfr. *Il «problema delle persone giuridiche»*, *op.cit.*, I, 307 ss. Se infatti in un'accezione giuridica propria e più ristretta *publicus* si riferisce ai beni del *populus Romanus*, in un significato più ampio e lato è utilizzato per indicare i beni appartenenti a una collettività, come quelle municipali, cfr. D. 50.16.15, Ulp., 10 *ad ed.*: *bona civitatis abusive «publica» dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt.*

risprudenziale che emerge in particolare dall'interpretazione che i giuristi davano delle disposizioni degli editti «*quibus municipium nomine agere liceat*» e «*quod adversus municipes agatur*»<sup>16</sup>. Come si ricava dalla testimonianza di D. 3.4.2, Ulp. 8 *ad ed.*, che appare tributaria di più risalenti vedute teoriche, il riferimento ai *municipes* nel testo edittole non impediva alla giurisprudenza di superare una prospettiva meramente collettivistica («*non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi*») in favore di una concezione astratta («*pro re publica vel universitate*»). Le radici di questa concezione possono rintracciarsi in alcune testimonianze in tema di proprietà e possesso dei *municipia* che mostrano come Giavoleno e, in modo più sfumato, già Pegaso – quest'ultimo in ripresa di spunti problematici risalenti alla giurisprudenza repubblicana – tendessero a riferire determinate situazioni di appartenenza alle *civitates* in quanto tali<sup>17</sup>:

D. 3.4.8, Iavol. 15 *ex Cassio*: *civitates si per eos qui res earum administrant non defenduntur nec quicquam est corporale rei publicae quod possideatur, per actiones debitorum civitatis agentibus satisfieri oportet.*

D. 41.1.41, Ulp. 9 *ad ed.*: *statuas in civitate positas civium non esse, idque Trebatius et Pegasus: dare tamen operam praetorem oportere, ut, quod ea mente in publico positum est, ne liceret privato auferre nec ei qui posuerit. Tuendi ergo cives erunt et adversus petentem exceptione et actione adversus possidentem iuvandi.*

Nel solco di questa tendenza di pensiero doveva dunque collocarsi anche Gaio che, nel descrivere gli effetti del legato di usufrutto, si riferiva ai *municipes* per indicare la base personale caratterizzante la comunità cittadina ma abbracciava ormai la concezione astratta del *municipium* come soggetto dotato di una forma di personalità giuridica, secondo la visione teorica attestata, per la giurisprudenza del II secolo d.C., da Fiorentino<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, Tauchnitz, Leipzig, 1927, 97 ss.

<sup>17</sup> In letteratura si v. P. CERAMI, *Il possesso dei municipia*, in AA.VV., *Le situazioni possessorie*, Jovene, Napoli, 2018, 25 ss. (a cui si rinvia per la bibliografia sul tema, cfr. 25 nt. 1).

<sup>18</sup> D. 46.1.22, Flor. 8 *inst.*: *mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.*



# Spazio e tempo nella Teoria dei sistemi di Niklas Luhmann

Arianna Maceratini \*

SOMMARIO: 1. Sistemi sociali e differenziazione funzionale. – 2. Spazio. – 3. Tempo e storia. – 4. Contingenza. – 5. Sistema giuridico.

## 1. Sistemi sociali e differenziazione funzionale

La dimensione spaziale ed il contesto storico-temporale hanno rappresentato da sempre temi di analisi cari alle scienze sociali che, attraverso di essi, tentano di comprendere e di interpretare i mutamenti intercorsi nella vita individuale e collettiva<sup>1</sup>. In questa direzione si inserisce la Teoria generale dei sistemi di Luhmann, centrata sui rapporti comunicativi tra i sistemi sociali e il loro ambiente, complesso e instabile, da controllare e ridurre<sup>2</sup>. In essa, infatti, la società non è intesa come sistema globale, comprendente diversi sottosistemi da integrare, ma è in relazione alla complessità del reale, della quale attualizza possibilità di selezione<sup>3</sup>. In questo compito, la teoria luhmanniana non

\* Professore Aggregato di Filosofia del Diritto, Università degli Studi di Macerata.

<sup>1</sup> Cfr. D. PACELLI, M. C. MARCHETTI, *Tempo, spazio e società. La ridefinizione dell'esperienza collettiva*, Angeli, Milano, 2007, 7.

<sup>2</sup> Le più significative matrici storiche e culturali della Teoria Generale dei Sistemi di Luhmann si rinvergono nel legame e nel costante confronto con la sociologia nord-americana, in particolare con il funzionalismo post-parsonsiano, e con la Teoria Generale dei Sistemi, formulata da Ludwig von Bertalanffy sul finire degli anni Venti, che stabilisce nessi originali con la teoria dell'informazione, la cibernetica, la teoria delle decisioni e la teoria dei giochi. Al riguardo: “La moderna teoria dei sistemi ha due predecessori: il concetto di organismo e il concetto di macchina”, N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung, Bd. 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Köln-Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, tr. it. *Illuminismo sociologico*, Il Saggiatore, Milano, 1983, 42. I tradizionali concetti di macchina e di organismo sono, tuttavia, da riferire alla concezione ontologica del sistema, che vuole ogni ambito di senso costituito dall'unione delle parti di cui si compone, il cui esito rappresenta qualcosa di ulteriore dalla somma delle componenti.

<sup>3</sup> Nella concezione sociale di Luhmann, il mondo non è più inteso come “conca-tenazione di nessi necessari e oggettivi che trascendono le logiche dell'azione, per configurarsi come risultato di decisioni e di scelte, vale a dire: come una produzione artifi-

propone una soluzione univoca, ma una prospettiva critica e di confronto con disparati approcci di studio e percorsi di ricerca: la stessa scienza sociologica è, infatti, concepita come sistema autonomo dagli altri ambiti del sociale, in grado di trovare in sé i propri presupposti di riflessione e di attuazione. Per sistema sociale, in Luhmann, si intende un nesso dotato di senso, di azioni sociali che rinviano l'una all'altra in modo tale da poter essere delimitate rispetto ad un ambiente esterno costituito da azioni non pertinenti<sup>4</sup>. Il sistema sociale, precisamente, esprime la differenza tra sé stesso, formato da comunicazioni funzionalmente orientate<sup>5</sup>, e l'ambiente privo di funzioni e complesso. Sistema e ambiente risultano, dunque, precisati dalla relazione tra un dentro e un fuori, ovvero, dalle comunicazioni dotate di una specifica funzione e da ogni altro tipo di comunicazione che non si identifichi con esse. “Per ‘sistema’ non intendiamo (...) una concatenazione di regole, bensì una concatenazione di operazioni fattive che, in quanto operazioni sociali, devono essere comunicazioni”<sup>6</sup>. Il sistema viene, pertanto, delineato come *forma*, cioè come distinzione di due lati, simmetrici, fungibili e contingenti, offerti dallo stesso sistema (l'interno della forma) e dall'ambiente (l'esterno della forma)<sup>7</sup>. “Solo le *due* parti insieme

ziale contingente”, *ivi*, 24.

<sup>4</sup> Cfr. *ivi*, 131-132.

<sup>5</sup> Sulla comunicazione, quale elemento ultimo dei sistemi sociali, unità elementare della costituzione autopoietica, cfr. N. LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1984, tr. it., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Il Mulino, Bologna, 1990. Il sistema sociale, attraverso la comunicazione, si costituisce come sistema di azione: la comunicazione indica, pertanto, l'unità elementare della costituzione autopoietica dei sistemi sociali, mentre l'azione va considerata come unità elementare di auto-osservazione e autodescrizione, cfr. *ivi*, 283 e 294. Sulla comunicazione come concetto cardine nella teoria di Luhmann, si veda R. STICHWEH, *Systems Theory as an Alternative to Action Theory? The Rise of “Communication” as a Theoretical Option*, in *Acta Sociologica*, 2000 (XLIII), 5-13. Sui processi comunicativi dei sistemi sociali, sui meccanismi riflessivi e sulla distinzione sistemica tra struttura e processo, mi permetto di rinviare al mio lavoro A. MACERATINI, *Procedura come norma. Riflessioni filosofico-giuridiche su Niklas Luhmann*, Giappichelli, Torino, 2001, 51-93.

<sup>6</sup> N. LUHMANN, *Das Rechts der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1993; tr. it., *Il diritto della società*, Giappichelli, Torino, 2012, 31-32.

<sup>7</sup> Cfr. N. LUHMANN, *The Concept of Society*, in: «*Thesis Eleven*», 1992 (XXXI), 69. Luhmann, nella delimitazione del concetto di forma, riprende la definizione di G. SPENCER BROWN di meccanismo in grado di marcare una distinzione con l'indicare

costituiscono la distinzione, costituiscono la forma, costituiscono il concetto. L'ambiente è così per questa forma indispensabile e importante proprio come il sistema stesso"<sup>8</sup>. Tutto ciò che può essere descritto e osservato tramite tale distinzione appartiene al sistema, anzi alla forma sistema/ambiente, nella contingenza comunicativa<sup>9</sup>. Il sistema non rappresenta, dunque, un ordine di elementi, ma è posto in relazione all'ambiente, dal quale si differenzia traendone identità funzionale. "Il senso e la funzione della formazione di sistemi – e questa è l'innovazione più importante – non vengono più intesi solamente nell'ordine interno di parti in un'unità, ma nella formazione di un confine, cioè di una differenza di ordinamento fra sistema e ambiente che, all'interno del sistema, permette un agire caratterizzato da una complessità ridotta"<sup>10</sup>.

## 2. Spazio

Sistema e ambiente, quali imprescindibili lati della forma, pur nella reciproca differenziazione, non possono darsi l'uno senza l'altro<sup>11</sup>. Il limite tra i due contesti separa i versanti della forma e, al contempo, segna la loro unità che è osservata dai sistemi mediante operazioni interne. Per questa ragione, il confine non è fondato da alcuna delle parti, ma è strutturato come *istruzione ad attraversarlo*, da entrambi i lati<sup>12</sup>. "Si opera una distinzione tracciando una demarcazione che separa due parti, per cui non si può passare da una parte all'altra senza attraversa-

uno dei due valori in opposizione dei quali è composto il codice binario, cfr. N. LUHMANN, *Der Gleichheitssatz als Form und als Norm*, in: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1991, 3, 435-445; tr. it., *Il principio di uguaglianza come norma e come forma*, Armando, Roma, 2017, 43.

<sup>8</sup> N. LUHMANN, *The Concept of Society*, *op.cit.*, 69.

<sup>9</sup> Per un'analisi dell'osservazione sistemica in riferimento alla funzione immunitaria dei sistemi sociali espressa, in Luhmann, dal diritto, si veda L. AVITABILE, *Diritto e osservatore. Un'interpretazione di Jaspers in costante riferimento a Luhmann*, Milano, Giuffrè, 1998.

<sup>10</sup> N. LUHMANN, *Politische Planung: Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1971, tr. it. parziale *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Napoli, 1978, 148.

<sup>11</sup> Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, Angeli, Milano, 1992, 19.

<sup>12</sup> Cfr. N. LUHMANN, *The Concept of Society*, *op. cit.*, 69.

re la demarcazione. Forma è allora una linea di confine che segna una differenza e costringe a chiarire quale parte si indica quando si dice che ci si trova da una parte e dove si deve cominciare se si vuole procedere a nuove operazioni”<sup>13</sup>. Il concetto di forma indica, allora, la distinzione della differenza da essa stessa delimitata. D’altro canto, indicare un lato della forma equivale a definire, per relazione di differenza, l’altra parte, poiché nessun lato è completo senza il riferimento all’altro, come avviene nei rapporti tra sistema e ambiente. È da notare che il rinvio tra gli elementi della forma non va inteso come conciliazione degli estremi, ma quale indispensabile presupposto per la distinguibilità della distinzione. “L’unità della forma non è il suo senso ‘superiore’, un senso spirituale. Essa è piuttosto il *terzo escluso* che non può essere osservato finché si osserva con l’ausilio della forma”<sup>14</sup>. Una “superforma” può, dunque, configurarsi solo come differenza della forma stessa da altro, cosicché “l’unità della forma resta presupposta come differenza”<sup>15</sup>. La razionalità del sistema si precisa, quindi, nella propria differenziazione comunicativa dal contesto ambientale<sup>16</sup>: il differenziare è prerogativa irrinunciabile dei sistemi che da una differenza autopoieticamente sorgono e tramite successive differenziazioni operano, mantenendosi in vita. La forma e i confini del sistema sono determinati dalla funzione, custodita dal codice binario che relaziona i due valori in opposizione, escludendo ogni significato terzo. Essendo orientato dal rapporto di identità per relazione<sup>17</sup>, il mantenimento autopoietico della funzione non solo è conciliabile, ma è sostenuto dalla struttura aperta dei processi comunicativi e informativi, dai quali il sistema sociale attinge un’ampia gamma di alternative di riduzione del reale e di corrispondenti possibilità di adattamento sistemico. Una delle principali prestazioni sistemiche consiste proprio nel gestire la complessità ambientale senza esserne travolto e senza sacrificarla completamente, descrivendo un dispositivo *flip-flop* di elaborazione binaria

<sup>13</sup> N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, op. cit., 17.

<sup>14</sup> *Ivi*, 18.

<sup>15</sup> *Ivi*, 19.

<sup>16</sup> Cfr. *ivi*, 69.

<sup>17</sup> Sulla distinzione, in Luhmann, tra identità e differenza e sulla definizione dell’identità come *divenire*, cfr. S. D’ALESSANDRO, *L’identità della differenza. Ripensare la “Relazione” nei sistemi sociali*, Franco Angeli, Milano, 2014.

dell'esperienza<sup>18</sup>. Viene, in tal modo, tracciato il confine tra la complessità ambientale, ridotta e mantenuta come alternativa di selezione, e la complessità del reale da ridurre con il trasformare i problemi esterni in quesiti di razionalità procedurale, aumentando la complessità del sistema. Infatti, quanto più complesso è un sistema, tanto più complesso può essere il suo mondo, nel parallelo incremento delle complicazioni e delle funzioni di riduzione della complessità ambientale<sup>19</sup>. L'efficacia delle procedure di autoreferenziale differenziazione funzionale sarà verificata a posteriori dalla capacità sistemica di assorbire la complessità del reale. La specificazione della funzione sistemica separa le comunicazioni funzionalmente orientate dal contesto infunzionale cosicché l'identità può darsi con l'istituire una differenza<sup>20</sup>. Il sistema si dice *autopoietico*<sup>21</sup> ove sia in grado di individuare una specifica modalità procedurale, realizzata esclusivamente al suo interno. "Un sistema comunicativo è dunque un sistema completamente chiuso che genera le componenti di cui è costituito attraverso la comunicazione stessa. In questo senso un sistema comunicativo è un sistema autopoietico che produce e riproduce, attraverso il sistema, tutto ciò che funge da unità per il sistema. È evidente che tutto questo può accadere soltanto in un ambiente e in modo dipendente dalle limitazioni imposte dall'ambiente"<sup>22</sup>. I sistemi sociali si distinguono, altresì, per le operazioni ricorsive, variando la natura del processo comunicativo, e per la forma del codice binario contraddistinto da un valore positivo, indi-

<sup>18</sup> Cfr. G. POGGI, *Introduction*, in: N. Luhmann, *Trust and Power* (I ed. 1979), Chichester, New York, Bissane, Toronto 1979, X-XI.

<sup>19</sup> Cfr. *ivi*, 149.

<sup>20</sup> Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 168.

<sup>21</sup> Sono autopoietici quei sistemi che "riproducono continuamente se stessi e che non solo scelgono da sé la propria organizzazione, quindi strutturano se stessi, ma costituiscono anche da sé come unità gli elementi, le unità ultime, gli atomi o individui a partire dai quali sono costituiti", N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6, Die Soziologie und der Mensch*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2005; tr. it., *Che cos'è la comunicazione?*, Mimesis, Milano, 2018, 24. Il concetto di autopoiesi è stato introdotto da Humberto Maturana nel definire l'organizzazione degli organismi: un sistema autopoietico sarebbe caratterizzato dalla capacità di produzione e riproduzione dei propri elementi definendo, in questo modo, la sua unità, cfr. C. BARALDI, G. CORSI, E. ESPOSITO, *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, Franco Angeli, Milano, 1996, 53.

<sup>22</sup> *Ivi*, 4.

cante il raccordo delle operazioni, e da un valore negativo come espressione della complessità ambientale<sup>23</sup>. Funzione del codice è informare su ogni tipo di esperienza e di azione che entri a far parte dello specifico settore funzionale, fornendo elementi connettivi per successive comunicazioni. “Tali codici devono essere in grado di adempiere una funzione che vogliamo denotare come *generare informazione*”<sup>24</sup>. Le procedure sistemiche si svolgono nei movimenti di referenza – *autoreferenza* o chiusura operativa ed *eteroreferenza* o apertura informativa – che vedono i sistemi aprirsi all’ambiente e assumere informazioni, chiudersi in sé e ridurre complessità con l’assegnare materiali ai due versanti della codificazione, dischiudersi e immettere nell’ambiente decisioni di complessità semplificata. In tali operazioni, la distinzione tra autoreferenza ed eteroreferenza è praticata riflessivamente dalle stesse procedure sistemiche<sup>25</sup>. I rapporti tra sistema e ambiente vengono illustrati con il ricorso al concetto dell’*accoppiamento strutturale* in grado, secondo Luhmann, di rispondere efficacemente a come possa un sistema, operativamente chiuso, interagire con l’esterno, assumendo informazioni da elaborare attraverso il codice binario<sup>26</sup>. “Gli accoppiamenti strutturali sono forme di simultanee (e perciò non causali) relazioni. Essi sono coordinazioni analogiche, non digitali”<sup>27</sup>. La nozione di accoppiamento strutturale presuppone che il sistema autopoietico operi in conformità alla propria struttura escludendo, cioè, che dati ambientali possano specificare quanto accade nel sistema<sup>28</sup>. “Attraverso gli accoppiamenti strutturali un sistema può essere raccordato a sistemi altamente complessi dell’ambiente,

<sup>23</sup> Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 139. “Con la verità, l’amore, la proprietà, il potere, si può fare qualcosa. I corrispondenti valori negativi sono disponibili solo ai fini del controllo e producono il contesto mediante il quale la prassi del raccordo della parte positiva dei media può diventare selezione razionale”, *ivi*, 140.

<sup>24</sup> N. LUHMANN, *Liebe als Passion: Zur Codierung von Intimität*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1982; tr. it. *Amore come passione. La codificazione dell’intimità*, Laterza, Roma-Bari, 1985, 97.

<sup>25</sup> Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 28.

<sup>26</sup> Sul concetto di accoppiamento strutturale, nella teoria dei sistemi sociali, si veda N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *Sociologia della modernità. Forme e conseguenze della complessità sociale*, Erregi, Milano, 2012, 25-29.

<sup>27</sup> N. LUHMANN, *Operational Clousure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, in *Cardozo Law Review*, 1992 (XIII), 1432.

<sup>28</sup> Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 33.

senza che esso debba raggiungere o ricostruire la loro complessità<sup>29</sup>. Ciò equivale ad affermare che i sistemi possono accoppiarsi strutturalmente permanendo autonomi, differenziati. La complessità esterna è interpretata e ricostituita come complessità interna, assumendola come *irritazione*<sup>30</sup>. L'ambiente, pertanto, influisce sullo sviluppo e sulla conservazione funzionale dei sistemi, nel contesto di strutture e di aspettative stabilizzate. Il sistema, tuttavia, non osserva direttamente gli accoppiamenti strutturali poiché esso, innanzitutto, convive con incognite interne ed esterne, risolvendo favorevolmente gli eventuali conflitti<sup>31</sup>. Si noti come, qui, il concetto di perturbazione sia strettamente sistemico e riferito alla possibile deviazione dalle aspettative comunicative<sup>32</sup>. Non si rinvengono irritazioni nell'ambiente, dunque, ma autoirritazioni sistemiche provenienti da eventi ambientali<sup>33</sup>. Il verificarsi di un accoppiamento strutturale non conduce, pertanto, alla fusione dei contesti considerati o al loro coordinamento operativo bensì ad una momentanea coincidenza: esso si realizza in corrispondenza di un evento contingente che scompare nell'attimo dell'apparizione<sup>34</sup>. La capacità di collegamento degli eventi è, in ogni caso, determinata dal sistema come esito di selezioni interne che ripropongono la distinzione tra sistema e ambiente<sup>35</sup>. "In questo senso, l'accoppiamento deve essere concepito come una differenza, come una forma con due lati: un lato interno che ammette l'irritazione e un lato esterno al quale il sistema rimane indifferente"<sup>36</sup>. Quella stessa forma che costi-

<sup>29</sup> *Ivi*, 35.

<sup>30</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>31</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Operational Clousure*, *op. cit.*, 1432.

<sup>32</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>33</sup> Cfr. C. BARALDI, G. CORSI, E. ESPOSITO, *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, *op. cit.*, 31.

<sup>34</sup> Cfr. *ivi*, 32.

<sup>35</sup> Cfr. *ivi*, 33. Nel caso in cui l'accoppiamento strutturale realizzi un legame di reciproca dipendenza tra sistemi, tale che l'uno non possa sopravvivere in mancanza dell'altro e da sviluppare una reciproca co-evoluzione, si parlerà di *interpenetrazione*, cfr. *ibidem*.

<sup>36</sup> N. LUHMANN, *Operational Clousure*, *op. cit.*, 1433. Secondo alcuni Autori, sarebbe possibile distinguere la prima produzione luhmanniana, rappresentata dalla *Rechtssoziologie* del 1970 dalla più recente produzione, rappresentata dal lavoro *Soziale Systeme* del 1984 sulla base del maggior riguardo riservato in passato al momento di apertura del sistema all'ambiente e di una concezione strutturale prettamente difensiva

tuisce la differenza tra sistema e ambiente. La chiusura del sistema presuppone un ambiente rispetto al quale segnare contingenti confini, costituiti da comunicazioni autoreferenziali e privi di una struttura fisicamente descrivibile, visto che le comunicazioni, nella società complessa, rientrano in sistemi e sottosistemi diversi<sup>37</sup>. La chiusura operativa implica l'apertura informativa ed entrambe i movimenti rappresentano i lati della distinzione che avvia e costituisce il processo della differenziazione funzionale sistemica<sup>38</sup>. Questione centrale diviene, allora, non tanto come un sistema possa mantenersi senza un ambiente, quanto individuare le operazioni che rendano il sistema capace di formare una rete di comunicazioni autoriproducentesi e affidata ad informazioni autogenerate, idonea a distinguere le necessità interne dalle incognite ambientali<sup>39</sup>. Il compito, per così dire, metodologico consiste nello "schiudere" tale tautologia, identificando le operazioni che producono e riproducono l'unità del sistema<sup>40</sup>. È da sottolineare, inoltre, come la razionalità del sistema sociale risieda nella contingente verifica dei meccanismi autopoietici, accertati e giustificati dal permanere sistemico che risolve ogni eventuale incognita nel presente operativo della riproduzione funzionale<sup>41</sup>.

### 3. Tempo e storia

La descrizione delle procedure di differenziazione funzionale ha un terreno di svolgimento nella considerazione della dimensione tem-

e di filtro. Diversamente, l'attuale riflessione si soffermerebbe sul concetto di auto-poiesi, efficace nel descrivere la gestione sistemica degli autonomi processi di riproduzione, cfr. A. FEBBRAJO, *Introduzione* a N. LUHMANN, *Sistemi sociali*, op. cit., 16-21. La nozione di autopoiesi, comunque, sembra superare la differenza tra sistemi chiusi e aperti, in quanto proprio la loro chiusura attualizzerebbe l'apertura all'ambiente, cfr. *ivi*, 24.

<sup>37</sup> Cfr. G. MARRAMAO, *Teorici della società complessa e dei sistemi: Niklas Luhmann*, Marzorati, Milano, 1991, 506.

<sup>38</sup> Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, op. cit., 32.

<sup>39</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Operational Clousure*, op. cit., 1420.

<sup>40</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>41</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Beobachtungen der Moderne*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1992, tr. it. *Osservazioni sul moderno*, Armando, Roma, 1995, 132. Per un approfondimento del concetto di contingenza e di doppia contingenza, cfr. *ivi*, 61 ss.

porale dei processi sistemici e nella chiarificazione del concetto di contingenza. Al riguardo, le comunicazioni sistemiche sfuggono ad un ordine temporale con il quale individuare un prima e un poi, un passato e un futuro procedurale. “La contemporaneità è in effetti non ancora tempo vero e proprio, ma è la base per situare ciò che man mano è presente; ed è così la base per ogni osservazione del tempo che lavori con distinzioni quali prima di/dopo di o passato/futuro. E contemporaneità di ogni evento significa: impossibilità di controllare ogni evento”<sup>42</sup>. Le scansioni temporali possono farsi risalire alle distinzioni operate da un osservatore di secondo grado che osserva il sistema operare: le dimensioni spaziali e temporali dipendono, allora, da come si osserva la differenza tra le parti della distinzione mentre la scelta della prospettiva deriva dai criteri dell’osservatore, vista la simmetria funzionale tra i lati della distinzione. “Da presente funge dunque quella parte che rende possibile distinguere passato e futuro. Da punto spaziale funge quella parte che consente di distinguere direzioni e distanze”<sup>43</sup>. In altri termini, spazio e tempo sono concepiti da Luhmann come *media* di osservazioni e distinzioni, costantemente esposti al rischio di passare inosservati<sup>44</sup>. Si ha dunque, nella teoria sistemica, il superamento della tradizionale misurazione del tempo come successione di passato, presente e futuro: quest’ultimo, infatti, indica la novità di un’ulteriore differenza attraverso la quale il sistema può rivedere le proprie strutture, ovvero, ricostruire il proprio passato e proiettarsi in un futuro ancora da determinare mediante l’assunzione di decisioni<sup>45</sup>. Ogni momento si determina e si identifica, allora, con l’attualità dell’osservazione nella quale il presente rappresenta la *macchia cieca* dell’osservare, cioè, la simultaneità procedurale non osservabile ed esclusa dalla forma temporale che essa stessa concorre a delineare. “Il presente deve allora essere concepito come posizione dell’osservatore, che osserva il tempo con l’aiuto della distinzione tra passato e futuro e che proprio perciò deve trattare il proprio osservare come terzo escluso. Se si schematizza così il tempo, il presente stesso è l’insicurezza del tempo, la non osservabilità dell’osservare”<sup>46</sup>. Viene espresso, in tal modo, il paradosso insi-

<sup>42</sup> *Ivi*, 132.

<sup>43</sup> *Ivi*, 105.

<sup>44</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>45</sup> Cfr. N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 141.

<sup>46</sup> N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, W. de Gruyter, Berlin-New York, 1991,

to nella dimensione temporale consistente nella duplicazione della forma del presente come distinzione di passato e futuro. “La distinzione passato/futuro diventa paradossale se si pensa che passato e futuro sono dati sempre contemporaneamente, cioè come orizzonti del presente. Il presente è l’unità della differenza di passato e futuro”<sup>47</sup>. Il presente segna, allora, l’assenza di un’autentica prospettiva temporale visto che tutto ciò che viene temporalizzato è già passato o futuro<sup>48</sup>. La dissoluzione del paradosso consisterà nel distinguere, ancora una volta, una forma a due versanti, ovvero, nel considerare i passati presenti, attualizzati come memorie, e i futuri presenti, come contingente progetto. La dimensione temporale dei processi sistemici possiede, in altri termini, due proprietà che consistono nella possibilità di eliminare le occasioni selettive non utilizzate, giungendo a situazioni irreversibili, e nella capacità di mantenere comunque tali possibilità comunicative come potenziali alternative funzionalmente equivalenti, da attualizzare in base alla specifica ragione comunicativa. Dalla descrizione della forma temporale, si può criticamente notare l’irrilevanza del tempo nel processo di differenziazione sistemica, laddove ogni momento è risolto nella contemporaneità procedurale. In questo senso, anche l’ambiente sistemico, come altro dal sistema e costantemente differenziato da esso, è in relazione alla contingenza delle procedure di differenziazione. Il tempo, sempre scarso<sup>49</sup>, della società complessa, descritta in Luhmann dai sistemi di funzione, s’identifica e si riassume nel presente delle procedure di differenziazione funzionale<sup>50</sup>. “Il sistema ha la sua attualità solo nella sua operazione; che accade solo ciò che accade e che – nel sistema come nel suo ambiente, ciò che accade, accade simultaneamente”<sup>51</sup>. La società dei sistemi si descrive autoreferenzialmente a partire da uno schema temporale orientato alla specificità funzionale

tr. it. *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano, 1996, 53.

<sup>47</sup> N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 381.

<sup>48</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>49</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Il tempo scarso e il carattere vincolante della società complessa*, in S. TABBONI (a cura di), *Tempo e società*, Angeli, Milano, 1988, 119.

<sup>50</sup> “Mentre il Moderno, diciamo, classico collocava nel futuro la realizzazione delle sue aspettative e grazie al ‘non ancora’ del futuro poteva accantonare i problemi relativi all’autoosservazione e all’autodescrizione della società, un discorso sul Postmoderno è un discorso senza futuro”, N. LUHMANN, *Osservazioni sul moderno*, *op. cit.*, 10.

<sup>51</sup> N. LUHMANN, *Il diritto della società*, *op. cit.*, 37.

quale processo autopoietico di deidentificazione dal reale<sup>52</sup>. Si può comprendere, dunque, il ruolo attribuito da Luhmann alla *storia* concepita come patrimonio di alternative di semplificazione del reale: la storia è complessità già compresa e ridotta con successo. “La funzione della storia non deriva quindi da un maggior valore della tradizione, dal carattere particolarmente vincolante di ciò che fa parte del passato, ma semplicemente dal fatto che l’azione semplice dispone di un potenziale di gran lunga troppo basso per l’assorbimento della complessità, per cui l’azione non può rinunciare a sedimenti di senso accumulatisi nel passato”<sup>53</sup>. La storia, nella teoria dei sistemi, non obbliga in quanto tradizione vincolante, capace di offrire una visione univoca di ciò che è giusto od errato, ma ad essa si ricorre per la sua funzione di riduzione della complessità sociale<sup>54</sup>. Significativamente, “l’accettazione della storia è perciò soggetta ormai alla riserva che sia possibile revocarla (...). Ogni tipo di progresso deve allora assumere la forma della sostituzione di equivalenti funzionali, dello scambio del patrimonio esistente con un altro migliore”<sup>55</sup>. L’esperienza viene, così, confinata in un presente aperto<sup>56</sup> e assoluto, esteso al massimo delle sue possibilità e non avente altro scopo che quello della propria riproduzione<sup>57</sup>.

#### 4. *Contingenza*

Di primaria rilevanza appare il tema della *contingenza* dei meccani-

<sup>52</sup> A ciò attengono le *memorie* ricorsive, descritte da Luhmann come efficaci meccanismi di riduzione della complessità ambientale. Al riguardo, i sistemi “si orientano allo stato che di volta in volta essi hanno raggiunto: orientano le proprie operazioni al loro passato (immediato) e non possono accedere al loro futuro. Si muovono dunque all’indietro nel futuro (...). Sebbene tutto ciò che accade accada contemporaneamente, un processo operativo basato sulla memoria non può supporre che tutto ciò che prende in considerazione sia contemporaneo, poiché questo porterebbe a delle sovrapposizioni, a delle confusioni, a delle inconsistenze, a dei disorientamenti insopportabili”, N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, *op. cit.*, 46.

<sup>53</sup> N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, *cit.*, p. 99.

<sup>54</sup> Cfr. *ivi*, p. 199.

<sup>55</sup> *Ivi*, p. 200.

<sup>56</sup> Cfr. N. LUHMANN, *The Future Cannot Begin, The Temporal Structure in Modern Society*, in *Social Research*, 1976, n. 43, 131.

<sup>57</sup> Cfr. D. PACELLI, M. C. MARCHETTI, *op. cit.*, 17.

smi di differenziazione funzionale<sup>58</sup>. La contingenza è definita da Luhmann come ciò che non è necessario, né impossibile: tale concetto viene dunque costruito mediante due negazioni applicate unitamente e indica che ciò che è attuale, quindi non impossibile, è possibile anche altrimenti, quindi non necessario. In altri termini, l'essere di un dato deriva da una selezione che determina il proprio non-essere come rinvio ad altre possibilità che restano pur sempre sullo sfondo. La contingenza costituisce, in rapporto alla necessità e all'impossibilità, una "generalizzazione dai deboli presupposti" che conseguentemente richiede "un complesso apparato logico, come se perdite di univocità del mondo possano essere compensate con mezzi logici"<sup>59</sup>. La nozione di contingenza conduce all'individuazione di una logica sistemica aperta al futuro<sup>60</sup>, rivolta ad una prassi comunicativa che sospende la prognosi e il giudizio sugli esiti poiché esprime ed è riferita alla reciproca incertezza delle posizioni e delle attese. Tale situazione è definita come *doppia contingenza*, ad indicare la circostanza per la quale ogni selezione dipende sia da un Ego, sia da un Alter, intesi come sistemi costitutivi di senso<sup>61</sup>. La nozione della doppia contingenza non esprime, perciò, una mera duplicazione della contingenza semplice, ma descrive una qualità della contingenza specificamente *sociale*, poiché la costituzione del mondo avviene mediante il *duplice* orizzonte delle prospettive di Ego e di Alter. Il concetto riflessivo delle *aspettative di aspettative*

<sup>58</sup> Sull'incremento della contingenza nella società dei mass media, intesa come incertezza autoprodotta dall'informazione che comporta una diminuzione dei rischi e, contemporaneamente, un aumento della percezione degli stessi, cfr. N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 139 ss. "Creando *trasparenza* sul piano delle informazioni che sono alla portata di tutti, i mass media producono *intrasparenza* sul piano delle loro conseguenze. Il fatto che tutti sappiano le stesse cose non garantisce che tutti reagiranno allo stesso modo, al contrario: la contingenza aumenta proprio quando sul piano materiale la comunicazione è accessibile a chiunque nello stesso modo", 139.

<sup>59</sup> N. LUHMANN, *Osservazioni sul moderno, op. cit.*, 61-62.

<sup>60</sup> Cfr. *ivi*, 79.

<sup>61</sup> Per un approfondimento del concetto della doppia contingenza nella teoria dei sistemi sociali, si veda N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 17-23. Sull'argomento, cfr. anche N.H.M. ROOS, *From Legal Theory, From legal theory to social theory. An attempt to clarify the notion of "social system"*, in V. FERRARI, C. FARALLI (a cura di), *Laws and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna (May30-June 3, 1988)*, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1991, 427 ss.

indica, allora, che la comunicazione non si realizza semplicemente in base all'aspettativa che ciascuno dei partecipanti ha delle selezioni dell'altro, ma necessita che ogni individuo possa aspettarsi ciò che l'altro si aspetta dal lui così da poter, eventualmente, inserire nel proprio orientamento comunicativo l'orizzonte delle possibilità dell'altro. La comunicazione e la stessa differenziazione autopoietica dei sistemi sociali si basano, dunque, sull'anticipazione delle altrui anticipazioni, cosicché le strutture dei sistemi sociali sono costituite da aspettative riflessive che consentono la coordinazione comunicativa. Le aspettative riflessive incorrono, tuttavia, in frequenti delusioni, provocate dall'imprevedibilità selettiva. Anche la delusione delle attese possiede una funzione determinante nelle procedure di differenziazione, poiché permette di tradurre la complessità e l'indeterminatezza ambientale in complessità sistemica, stabilendo alternative funzionali. La *stabilità dinamica*<sup>62</sup> del sistema è centrata, appunto, sulla duttilità dei percorsi comunicativi che conducono ad una scelta contingente tra attese funzionalmente equivalenti. Queste ultime consentono al sistema di mantenere formalmente invariate le proprie strutture e di consolidare l'identità di funzione in un ambiente complesso. "Il sistema ha tipicamente numerose alternative di scelta attraverso le quali può percepire e neutralizzare le trasformazioni dell'ambiente. Proprio su questa elasticità si fonda la sua stabilità, la sua possibilità di trovare favorevoli condizioni d'esistenza"<sup>63</sup>. Il mutamento e la stabilità si assicurano e s'incrementano reciprocamente: in altri termini, l'adeguazione strutturale alla contingenza ambientale permette il perdurare sistemico, garantendo la differenziazione funzionale da pregiudizievoli cambiamenti indotti dalla complessità esterna<sup>64</sup>. "I requisiti che garantiscono la stabilità delle strutture sociali non vengono più cercati sul piano dell'essere e dell'essenza, bensì sul piano del trattamento delle irritazioni, con l'esito che solo al sopraggiungere di nuove perturbazioni la società può attivare le procedure che consentono di mantenere una relativa stabilità. La società si destabilizza in continuazione e trova pro-

<sup>62</sup> Cfr. N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 144.

<sup>63</sup> N. LUHMANN, *Stato di diritto*, *op. cit.*, 202.

<sup>64</sup> A. FEBBRAJO, nell'*Introduzione* a N. LUHMANN, *Sistemi sociali*, *op. cit.*, sottolinea come conservare una situazione all'interno del sistema, di fronte alla complessità ambientale, non equivalga ad arroccarsi su determinate posizioni, ma richieda un'elevata mobilità a livello di fini e strategie, cfr. *ivi*, 28.

prio in questa autodestabilizzazione un modo stabile di procedere”<sup>65</sup>. La stabilità, quindi, non è ancora da considerarsi come essenza del sistema, in quanto idonea ad escludere eventi imprevisi, ma è concepita come quesito da risolvere nel contingente orientamento ad alternative di selezione<sup>66</sup>. La stabilità “non può più essere intesa come una sostanza invariabile, ma viene concepita come una relazione tra sistema e ambiente, come invariabilità relativa della struttura sistemica e dei confini del sistema di fronte ad un ambiente variabile”<sup>67</sup>. Alla dinamica stabilizzazione dei sistemi risponde una gamma di prestazioni comunicative equivalenti tali da consentire al sistema di reagire senza dedifferenziarsi: sono esattamente i fattori instabili, devianti e conflittuali a garantire la precaria stabilità del sistema, aprendo orizzonti di possibilità tra cui selezionare, secondo lo schema complessità↔possibilità↔riduzione↔stabilità↔nuovi livelli di complessità. L’instabilità diviene, così, un’esigenza del mantenimento della stabilità<sup>68</sup>. “La *stabilità* e la validità della durata di una molteplicità di valori contrastanti si basa quindi proprio sulla *variabilità* dei programmi e delle decisioni di realizzazione dei valori (...). Non vi è infatti un ordine assoluto di valori che non si realizza per colpa del tempo, ma vi è un ordine relativo alla situazione che rende possibile la realizzazione di più valori (...). Rispetto a tale questione i sistemi simbolici dominanti che integrano politicamente e organizzativamente l’agire assumono il carattere di *ideologie del ritmo variabili secondo lo scopo*”<sup>69</sup>. Alle critiche di conservatorismo che, a questo punto, potrebbero essere rivolte ad una tale impostazione<sup>70</sup>, Luhmann ha in più luoghi risposto come non sussista una predisposizione conservatrice nella sua teoria. “Il sistema non ha preferenza per il mantenimento di se stesso, semplicemente non c’è scelta. Esso può continuare confermando o cambiando

<sup>65</sup> N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 144.

<sup>66</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, cit., 43.

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

<sup>68</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Ordine e conflitto: un confronto impossibile*, in: «*Il Centauro*», 1983 (III), n. 8, p. 5. “Il caso è condizione della necessità e la necessità è condizione del caso”, *ivi*, 5-6.

<sup>69</sup> N. LUHMANN, *Il tempo scarso*, cit., 132-133.

<sup>70</sup> A. FEBBRAJO rileva l’atteggiamento “tecnicistico” della teoria luhmanniana che considera il sistema come un luogo se non di totale sicurezza, almeno di sopportabile pericolosità, cfr. A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1975, 202 e 58-59.

le sue strutture se le operazioni sono utilizzabili per focalizzare tale esito; altrimenti ciò esattamente accade (...). I sistemi autopoietici sono sistemi che organizzano una stabilità dinamica<sup>71</sup>. La descrizione delle procedure sistemiche non conduce, dunque, ad una caratterizzazione positiva o negativa della società complessa: l'identità del sistema non è formulata come valore, né come principio normativo. "Essa non permette di scegliere tra atteggiamenti progressisti e atteggiamenti conservatori"<sup>72</sup>. La teoria sistemica attua una descrizione del reale e dei sistemi che lo compongono scevra tanto da obiettivi di giustificazione dello *status quo*, quanto da intenti di modificazione dei meccanismi di differenziazione sociale. La complessità – che appartiene al binomio sistema/ambiente, da intendersi come possibilità e come attuazione – corrisponde alla differenziazione funzionale: la differenza sorge, infatti, dalla semplificazione della complessità tramite decisioni, cioè assumendo il *rischio*<sup>73</sup> del decidere come vincolo temporale di articolazione dell'insicurezza<sup>74</sup>. Chi decide si trova – paradossalmente a causa della

<sup>71</sup> N. LUHMANN, *Operational Clousure*, op. cit., 1440-1441.

<sup>72</sup> N. LUHMANN, R. DE GIORGI, op. cit., 399.

<sup>73</sup> Il concetto di rischio, posto in relazione alla stipula di contratti assicurativi, viene tematizzato da Luhmann principalmente in N. LUHMANN, *Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli*, Armando, Roma, 2013. L'opera raccoglie la traduzione italiana dei seguenti saggi: N. LUHMANN, *Das Risiko der Versicherung gegen Gefahren*, in *Soziale Welt*, XLIII (1996), 3, 273-284; N. LUHMANN, *Sicherheit und Risiko aus der Sicht der Sozialwissenschaften*, in *Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Die Sicherheit technischer Systeme*, Opladen 1987, 63-66; N. LUHMANN, *Gefahr oder Risiko, Solidarität oder Konflikt*, in M. HALLER, P. MAAS, R. KÖNIGSWIESER (a cura di), *Risiko-Dialog. Zukunft ohne Harmonieformel*, Köln 1996, 38-46.

<sup>74</sup> Sulla nascita e sull'evoluzione del concetto di rischio, si veda N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, op. cit., 17 ss. Il rischio, nell'evoluzione della società funzionalmente differenziata, viene impiegato, in misura sempre maggiore, dalla seconda metà del XVII secolo, periodo a partire dal quale l'assicurazione verrebbe utilizzata non più esclusivamente nel contesto dei traffici mercantili, e precisamente nell'ambito del commercio marittimo, ma in settori sempre più estesi del tessuto sociale, fino ad assumere il carattere *universale* di ogni situazione che richieda una *decisione*, cfr. A. CEVOLINI, *Presentazione all'opera di LUHMANN Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli*, op. cit., 21 ss. Sul rischio come indispensabile attributo della società funzionalmente differenziata, cfr. A. J. HATFIELD, K. W. HIPEL, *Risk and System Theory*, in *Risk Analysis*, XXII (2003), n. 6, 1043-1057. Sul nesso tra società del rischio e società dell'informazione, si veda N. ADDARIO, A. CEVOLINI, op. cit., 132-143.

decisione stessa – in una condizione di *indecidibilità*<sup>75</sup> che necessita dell'adozione di una struttura sistemica maggiormente complessa, ottenuta, ad esempio, mediante l'introduzione di scadenze, e tale da consentire una distanza dal processo decisionale, decidendo sulle decisioni<sup>76</sup>. Va rilevato come, in questo procedimento di riduzioni e complicazioni, innescato dal rischio decisionale, non sia sufficiente scegliere un elemento ed escluderne un altro<sup>77</sup>: il decidere traccia, infatti, nel presente delle operazioni sistemiche, una distinzione che consente di rendere visibili possibilità che altrimenti non sarebbero emerse. “La distinzione *crea* il futuro e i rimandi presenti nell'orizzonte di senso del futuro, a loro volta, si riflettono sul presente attuale aprendo uno spazio decisionale sottoforma di alternative. Per questo occorre combinare fra loro due orizzonti temporali che mettono a disposizione due differenti spazi di possibilità combinatorie: passato e futuro”<sup>78</sup>.

Il potenziale combinatorio indica la multidimensionalità<sup>79</sup> dell'osservazione che presenta una pluralità di prospettive di osservazione<sup>80</sup>. “La condizione che rende possibile (e indispensabile) questa osservazione multidimensionale è che il futuro come tale resta ignoto: nessuna decisione elimina mai in modo definitivo l'incertezza di fondo su cui si basa la possibilità di decidere, e questo lo si sa ancora prima di cominciare”<sup>81</sup>. Il concetto di rischio, polivalente e *multiordinale*, apre alla molteplicità e alla policontestualità degli orizzonti di osservazione<sup>82</sup>.

## 5. Sistema giuridico

All'aumentare della complessità sociale aumentano le contingenze<sup>83</sup>, per cui ogni forma raggiunge un livello di contingenza e di selettivi-

<sup>75</sup> Cfr. *ivi*, 123.

<sup>76</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Il tempo scarso*, cit., 135. “L'obbligo a fissare scadenze aiuta colui che ricerca attivamente dei successi e costringe il ritardatario ad un ruolo altrettanto attivo, comprensibile e che lo induce a giustificarsi”, *ivi*, 136.

<sup>77</sup> Cfr. N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 123.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Il tempo scarso*, cit., 122, 125.

<sup>80</sup> Cfr. N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 125.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> Cfr. *ivi*, 126.

<sup>83</sup> Cfr. *ibidem*.

vità superiore<sup>84</sup> che costituisce, a sua volta, un ulteriore elemento di complessità e di differenziazione funzionale<sup>85</sup>. Il mantenimento della coesione e dell'ordine sociale richiederà, pertanto, che si formi sia un consenso diffuso sulle comunicazioni e sui comportamenti, sia di prevedere e attendere le aspettative riposte in determinate azioni, ovvero, strutture di aspettative con le quali porsi dal punto di vista delle attese altrui<sup>86</sup>. “Nelle società maggiormente sviluppate il diritto ha la funzione di generalizzare le aspettative in modo tale che sull'agire contingente si possa decidere in modo vincolante. È per il fatto, e solo per questo, che l'agire è contingente – cioè potrebbe svolgersi anche in modo diverso – che si può e si deve eventualmente decidere su di esso”<sup>87</sup>. A ciò corrisponde la differenziazione del *sistema giuridico*<sup>88</sup> costituito dalle comunicazioni che si rivolgono al diritto<sup>89</sup>. Il sistema giuridico,

<sup>84</sup> Cfr. N. LUHMANN, *The Future Cannot Begin*, op. cit., 133-134.

<sup>85</sup> Cfr. D. PACELLI, M. C. MARCHETTI, op. cit., 84.

<sup>86</sup> Cfr. G. MARRAMAO, *Teorici della società complessa*, op. cit., 509.

<sup>87</sup> N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1981, tr. it. *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990, 319.

<sup>88</sup> Il processo di differenziazione del diritto da altri modelli normativi – morali, sociali, religiosi – si determina attraverso la positivizzazione del diritto, ossia, attraverso la stessa costituzione normativa. Sul nesso tra differenziazione funzionale della società, positivizzazione del diritto e diritti fondamentali, cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker&Humblot, Berlin, 1999, tr. it., *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari, 2002, 269-279. In un sistema giuridico positivizzato, è la decisione ad operare come blocco dell'autoreferenzialità sistemica poiché interrompe il rimando ai decisori delle decisioni e nasconde “l'origine senza precedenti” del diritto positivo, sostituendo distinzioni con identità, cfr. *ibidem*. Sulla decisione nella società complessa, cfr. anche N. LUHMANN, *Unsere Zukunft hängt von Entscheidung ab*, intervista rilasciata a Rudolf Maresch a Bielefeld il 7 giugno 1993, tr. it. *Il nostro futuro dipende da decisioni*, in: “*Topologik*”, 2010, 84-100. Il diritto positivo “è stato posto e vale in virtù di una decisione”, N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, op. cit., 113.

<sup>89</sup> Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, op. cit., 61. Secondo Ferrari, la concezione luhmanniana del sistema giuridico non darebbe sufficiente conto delle molteplici situazioni nelle quali l'elemento giuridico si va a combinare con quello morale, religioso, sociale, portando a sottovalutare le stesse potenzialità comunicative del diritto, cfr. V. FERRARI, *Sul futuro della sociologia del diritto*, in: “*Rivista di Filosofia del Diritto, Journal of Legal Philosophy*”, 2012 (II), 271-72. Sui compiti di riduzione della complessità del reale, assegnati alla morale e all'etica, cfr. N. LUHMANN, *Paradigm Lost: Über die Ethische Reflexion der Moral*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1990; tr. it. *Il*

dunque, non ricomprende solo l'insieme delle norme giuridiche, o la conoscenza di esse, ma è delineato come sistema sociale dell'esperienza interna e dell'agire che consapevolmente si orienta al diritto, differenziandosi dalla vita quotidiana. "Poiché i sistemi sociali in generale e, quindi, anche i sistemi comprensivi della società sono costituiti da comunicazioni (non, per esempio, da uomini), si deve partire dal presupposto che le formazioni di sistemi sono rese possibili da *restrinzioni* (*constraints*) operate nei processi di comunicazione – così come sono le restrinzioni nell'uso di suoni, ciò che rende possibili le libertà combinatorie nella formazione di teorie scientifiche. Il diritto stesso, come una forma di restrinzione delle aspettative di comportamento, viene prodotto in ogni sistema della società, perché, diversamente, l'integrazione sociale non è possibile"<sup>90</sup>. La differenziazione funzionale del diritto corrisponde, quindi, ad un processo di autonomizzazione tematica che affida al sistema giuridico la distinzione tra conformità e deviazione dalla norma, rendendo tale valutazione indipendente da altri ambiti di riflessione e pertanto universalmente valida. "Tutto il diritto sta in una relazione fondamentale con il problema della contingenza dell'agire umano, vale a dire, con il fatto inconfutabile che gli uomini possono agire anche diversamente da come ci si aspetta"<sup>91</sup>. La contingenza – qui accresciuta dalla circostanza che vede le selezioni individuali doppiamente incerte nell'esito, poiché le decisioni sono imprevedibili e lo sono anche le selezioni altrui – non viene negata, né totalmente eliminata, al contrario, essa è ridotta tramite il suo accrescimento che, a sua volta, conduce ad originali alternative di selezione<sup>92</sup>. Alla stabilizzazione del comportamento e alla delimitazione di un contingente ordine sociale risultano, allora, funzionali strutture di aspettative rivolte alla formazione di un consenso diffuso sulle attese comportamentali<sup>93</sup>. "La sincronizzazione del comportamento è assicurata, si potrebbe anche dire, attraverso aspettative apprese. Queste aspettative devono includere non solo il comportamento, ma anche l'esperienza interna dell'altro, soprattutto l'aspettativa che egli stesso rivolge a colui che

*paradigma perduto*, Meltemi, Roma, 2005.

<sup>90</sup> N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, op. cit., 64.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>93</sup> Cfr. G. MARRAMAO, *Teorici della società complessa*, op. cit., 509.

aspetta”<sup>94</sup>. La funzione del diritto, dalla quale il sistema giuridico trae la propria differenziazione, consiste nella generalizzazione e nella stabilizzazione delle attese comportamentali. “Rispetto all’ordine complessivo assume senso mettere il singolo a confronto con alternative di comportamento aperte e strutturate, così da rendere relativamente irrilevante per la società nel suo complesso quale alternativa sia scelta”<sup>95</sup>. Per stabilire la natura di un’aspettativa, certamente, non ci si può basare sulla concezione di chi ne è titolare, pena la perdita di ogni equilibrio sociale a causa della mancanza di criteri intersoggettivi universalmente validi, né si può lasciare che lo stabiliscano le norme, poiché la distinzione tra i due tipi di aspettative dovrebbe concorrere alla definizione delle stesse e non viceversa<sup>96</sup>. Ciò premesso, l’individuo formula strutture fornite di senso che compiono una prima selezione di ciò che può essere aspettato; di fronte ad un’eventuale delusione, si osservano, poi, due diversi atteggiamenti: adattarsi alla situazione inaspettata cambiando aspettativa o reagire e mantenere le proprie attese. Tali comportamenti corrispondono, in Luhmann, a due differenti aspettative: l’aspettativa cognitiva, disponibile ad apprendere e a modificarsi, e l’attesa normativa, resistente alla delusione<sup>97</sup>. Le due tipologie di attese possono, inoltre, coesistere in un medesimo individuo e la loro esistenza dipende anche dal tempo necessario all’apprendimento. In ogni caso, le strutture di aspettative formatesi cognitivamente sembrano incerte ed esposte al rischio di essere disattese<sup>98</sup>. Il diritto, che pure partecipa alla formazione delle aspettative cognitive<sup>99</sup>, garantisce le possibilità di stabilizzare le aspettative di comportamento in modo che queste resistano alla delusione e consente “investimenti” nell’aspettare<sup>100</sup>. La norma costituisce “la forma di un’aspettativa di comportamento attraverso la quale si indica che l’aspettativa deve essere tenuta

<sup>94</sup> N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, op. cit., 104.

<sup>95</sup> N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, op. cit., 140.

<sup>96</sup> Cfr. A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto*, op. cit., 78.

<sup>97</sup> Cfr. N.H.M. ROOS, op. cit., 434.

<sup>98</sup> Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, op. cit., 109.

<sup>99</sup> Le decisioni delle corti di giustizia e la dogmatica giuridica rappresentano esempi di controllo cognitivo delle strutture normative, cfr. N. LUHMANN, *Essays on Self-Reference*, New York, Columbia University Press, 1990, 235.

<sup>100</sup> Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, op. cit., 109.

ferma anche in caso di delusione”<sup>101</sup>. La funzione normativa scaturisce, dunque, da un’esigenza di sicurezza, dal fatto che ognuno deve essere certo delle proprie aspettative, anche nel caso di delusione, e deve potervi ricollegare le attese altrui<sup>102</sup>. Le norme, infatti, sono aspettative di comportamento che vengono osservate come giuste anche in caso di delusione: anche la loro insoddisfazione è oggetto dell’aspettativa e ne sono previste specifiche conseguenze come l’inflizione di sanzioni<sup>103</sup>. “Almeno una conseguenza fa parte necessariamente dello stile specifico che caratterizza l’aspettativa normativa, e cioè il fatto che colui che aspetta non viene compromesso come ingenuo e inesperto in caso di delusione, ma può sentirsi come chi aveva ragione con le proprie aspettative. La ‘colpa’ sta nettamente dall’altra parte”<sup>104</sup>. Le aspettative riguardano l’intera fattispecie normativa: il precetto, l’eventuale delusione, la conseguente sanzione. Esse sono funzionali all’individuazione della ragione e della colpa mediante la generalizzazione delle comuni aspettative, cui segue la decisione della competente autorità<sup>105</sup>. Si può, inoltre, notare come attraverso la differenziazione del sistema giuridico, la funzione del diritto venga esaminata dalla prospettiva della regolazione dei conflitti, compiuta mediante strutture decisionali inserite *a posteriori* rispetto al verificarsi dei contrasti<sup>106</sup>. “In questo senso, il rapporto tra vita giuridica della società e sistema giuridico acquista la forma di una anticipazione di eventuali decisioni di conflitti che, come *possibilità* vengono tenute presenti e sono prospettate con *certezza* in caso di conflitto”<sup>107</sup>. Il legame tra contingenza e norma, tra dedifferenziazione e decisione, costituisce la ragione della differenziazione funzionale del sistema giuridico e mostra la specificità del diritto nel contenere la contingenza sociale mutando le aspettative fattuali in attese normative: l’eventuale delusione delle prime ri-entra, infatti, nell’espe-

<sup>101</sup> *Ivi*, 41.

<sup>102</sup> Cfr. *ivi*, 81.

<sup>103</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, *op.cit.*, 107.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> Cfr. *ivi*, 108.

<sup>106</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, W. Kohlhammer, 1974, tr. it. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1978, 59.

<sup>107</sup> *Ivi*, 60.

rienza giuridica ed è elaborata dal codice diritto/non diritto<sup>108</sup>. “La norma e il diritto anticipano un futuro – almeno a livello di aspettativa – e in tal modo lo ordinano, lo indirizzano senza poterlo però mai né determinare né rendere condiviso *a priori*”<sup>109</sup>. Come si è visto, il diritto, nell’eventualità della delusione delle aspettative, sostiene le attese giuridicamente rilevanti. “Si tratta allora di una stabilizzazione, se necessario, controfattuale, di aspettative di comportamento. Questa funzione serve semplicemente ad assicurare una certa consistenza delle aspettative; serve semplicemente alla continuazione del passato e del presente in un mondo contingente pieno di sorprese, pieno di nemici, pieno di interessi contrapposti”<sup>110</sup>. Il diritto, d’altra parte, si rivolge anche al futuro come guida comportamentale. “Si promulgano leggi o si concludono contratti al fine di influenzare il comportamento di determinate persone e di dare ad esso un’altra direzione; e quindi di cambiare, per ciò che riguarda il futuro, probabilità di comportamento”<sup>111</sup>. Nel primo caso, il diritto garantisce le aspettative sociali sancendo le attese giuridicamente rilevanti, nel secondo caso esso assicura la realizzazione degli effetti mutando le probabilità di comportamento, mediante la previsione della sanzione<sup>112</sup>. Le due fungibili funzioni non si escludono reciprocamente e la *norma* giuridica funge al loro raccordo<sup>113</sup>. “Se un sistema vincola il tempo, ciò ha degli effetti selettivi sui contenuti e sulle forme sociali con le quali questo è possibile. Il diritto è uno dei risultati di una tale selezione combinatoria”<sup>114</sup>. In tal modo, il diritto si configura quale certezza contingente di fronte allo scorrere del tempo e al sopravvenire delle delusioni assumendo, nella propria

<sup>108</sup> Sul concetto di re-entry, si veda N. LUHMANN, *Observing Re-entries*, in: «*Graduate Faculty Philosophy Journal*», 1993 (XVI), 2, 485-498.

<sup>109</sup> R. PRANDINI, *Introduzione* a N. LUHMANN, *Esistono ancora norme indispensabili?*, 17, Armando, Roma, 2013; titolo originale dell’opera: *Are There Still Indispensable Norms in Our Society?* in *Soziale Systeme*, 2008 (XIV), 1, 18-37.

<sup>110</sup> N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, *op. cit.*, 109.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> Cfr. *ivi*, 81-82.

<sup>113</sup> Cfr. *ibidem*. Nella definizione della norma giuridica, Luhmann sembra ispirarsi a Kelsen con il quale condivide l’analisi del processo di secolarizzazione giuridica come positivizzazione del diritto e come progressivo distacco delle norme da vincoli teologico-religiosi e giusnaturalistici, cfr. G. MARRAMAO, *L’ordine disincantato*, Editori Riuniti, Roma 1985, 58-59.

<sup>114</sup> N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, *op. cit.*, 67-68.

struttura, la possibilità di disattenzione delle attese normative. La forma giuridica normativa non è, tuttavia, in grado di risolvere il rischio delle selezioni individuali. “*Nel caso dei rischi non si tratta affatto di un futuro in riferimento al quale si debba stabilire nel presente come gli altri si dovranno comportare in situazioni future.* I rischi non possono essere violati. Se si pretende dal diritto che si assuma dei rischi, questo può accadere soltanto detemporalizzando il giudizio sulla correttezza o meno delle decisioni”<sup>115</sup>. In altri termini, l’esito del giudizio dipende esclusivamente dalla correttezza procedurale verificata a posteriori dal permanere della differenziazione sistemica. Dalla lettura di Luhmann, se, da un lato, emerge l’essenzialità della funzione immunitaria, dei sistemi e della società complessa, espressa dal diritto, si può criticamente notare come questa sia, in ogni caso, dipendente dall’efficacia delle procedure di differenziazione funzionale. Così facendo, il diritto non assume un valore superiore al non-diritto, il fattuale risulta simmetrico al controfattuale, l’aspettativa normativa appare funzionalmente equivalente all’aspettativa normativa, distinguendosi da essa solo per contenuti accidentali. Ciò espone il sistema giuridico alla giuridicizzazione di ogni potenziale contenuto normativo offrendo tale contesto – avvenute, almeno nelle intenzioni di Luhmann, la precipua funzione di salvaguardare la differenziazione sistemica – alle incognite della complessità sociale, contraddicendone la ragione funzionale di esistenza come sistema differenziato<sup>116</sup>.

### *Bibliografia*

- ADDARIO N., CEVOLINI A., *Sociologia della modernità. Forme e conseguenze della complessità sociale*, ERREGI, Milano, 2012.
- AVITABILE L., *Diritto e osservatore. Un’interpretazione di Jaspers in costante riferimento a Luhmann*, Giuffrè, Milano, 1998.
- BARALDI C., CORSI G., ESPOSITO E., *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, Franco Angeli, Milano 1996.

<sup>115</sup> *Ivi*, 71.

<sup>116</sup> Per un approfondimento critico, si veda B. ROMANO, *Terzietà del diritto*, Bulzoni, Roma, 1998.

- D'ALESSANDRO S., *L'identità della differenza. Ri-pensare la "Relazione" nei sistemi sociali*, Franco Angeli, Milano, 2014.
- FEBBRAJO A., *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1975.
- FERRARI V., *Sul futuro della sociologia del diritto*, in: *Rivista di Filosofia del Diritto, Journal of Legal Philosophy*, 2012 (II), 267-284.
- HATFIELD A. J., HIPEL K. W., *Risk and System Theory*, in *Risk Analysis*, XXII (2003), n. 6, 1043-1057.
- LUHMANN N., *Soziologische Aufklärung, Bd. 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Köln-Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, tr. it. *Illuminismo sociologico*, Il Saggiatore, Milano, 1983.
- ID, *Politische Planung: Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1971, tr. it. parziale *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Napoli, 1978.
- ID, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, W. Kohlhammer, 1974, tr. it. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1978.
- ID, *The Future Cannot Begin, The Temporal Structure in Modern Society*, in *Social Research*, 1976, n. 43, 130-152.
- ID, *Trust and Power* (I ed. 1979), Chichester, New York, Bissane, Toronto 1979.
- ID, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a. Suhrkamp M., 1981, tr. it. *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990.
- ID, *Liebe als Passion: Zur Codierung von Intimität*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1982; tr. it. *Amore come passione. La codificazione dell'intimità*, Laterza, Roma-Bari, 1985.
- ID, *Ordine e conflitto: un confronto impossibile*, in: «*Il Centauro*», 1983 (III), n. 8, 3-11.
- ID, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1984, tr. it., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Il Mulino, Bologna, 1990.
- ID, *Il tempo scarso e il carattere vincolante della scadenza*, in S. Tabboni (a cura di), *Tempo e società*, Angeli, Milano, 1988.
- ID, *Essays on Self-Reference*, New York, Columbia University Press, 1990.
- ID, *Paradigm Lost: Über die Ethische Reflexion der Moral*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1990; tr. it. *Il paradigma perduto*, Meltemi, Roma, 2005.

- ID, *Der Gleichheitssatz als Form und als Norm*, in: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1991, n. 3, 435-445; tr. it., *Il principio di uguaglianza come norma e come forma*, Armando, Roma, 2017.
- ID, *Soziologie des Risikos*, Berlin-New York, W. de Gruyter, 1991, tr. it. *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano, 1996.
- ID, *Beobachtungen der Moderne*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1992, tr. it. *Osservazioni sul moderno*, Armando, Roma, 1995.
- ID, *Operational Clousure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, in: *Cardozo Law Review*, 1992 (XIII), 1419-1441.
- ID, *The Concept of Society*, in *Thesis Eleven*, 1992 (XXXI), 67-80.
- ID, *Das Rechts der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1993; tr. it., *Il diritto della società*, Giappichelli, Torino, 2012.
- ID, *Unsere Zukunft hängt von Entscheidung ab*, intervista rilasciata a Rudolf Maresch a Bielefeld il 7 giugno 1993, tr. it. *Il nostro futuro dipende da decisioni*, in *Topologik*, 2010, 84-100.
- LUHMANN N., DE GIORGI R., *Teoria della società*, Franco Angeli, Milano, 1992.
- ID, *Observing Re-entries*, in: «*Graduate Faculty Philosophy Journal*», 1993 (XVI), n. 2, 485-498.
- ID, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker&Humblot, Berlin, 1999, tr. it., *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari, 2002.
- ID, *Soziologische Aufklärung 6, Die Soziologie und der Mensch*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2005; tr. it., *Che cos'è la comunicazione?*, Mimesis, Milano, 2018.
- ID, *Are There Still Indispensable Norms in Our Society?* in *Soziale Systeme*, 2008 (XIV), n. 1, 18-37; tr. it., *Esistono ancora norme indispensabili?*, Armando, Roma, 2013.
- ID, *Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli*, Armando, Roma, 2013.
- MACERATINI A., *Procedura come norma. Riflessioni filosofico-giudicizie su Niklas Luhmann*, Giappichelli, Torino, 2001.
- MARRAMAO G., *L'ordine disincantato*, Editori Riuniti, Roma 1985.
- ID, *Teorici della società complessa e dei sistemi: Niklas Luhmann*, Milano, Marzorati, 1991.
- PACELLI D., MARCHETTI M. C., *Tempo, spazio e società. La ridefinizione dell'esperienza collettiva*, Angeli, Milano, 2007.
- ROMANO B., *Terzietà del diritto*, Bulzoni, Roma, 1998.
- ROOS N.H.M, *From Legal Theory, From legal theory to social theory. An attempt to clarify the notion of "social system"*, in: V. Ferrari, C. Faralli (a cura di), *Laws and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna*

(May 30-June 3, 1988), vol. 2, Giuffrè, Milano, 1991, 424-467.

STICHWEH R., *Systems Theory as an Alternative to Action Theory? The Rise of "Communication" as a Theoretical Option*, in "Acta Sociologica", 2000, (XLIII), 5-13.



Finito di stampare nel mese di marzo 2020  
presso la *Grafica Elettronica* (Na)

euro 16,00

