

Gen/2021

CAMMINO
DIRITTO

Rivista Giuridica



RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE RICERCA -

MENSILE ONLINE

Direttore: Raffaele GIAQUINTO (Giornalista iscritto presso l'ODG di Napoli)

Direttore Scientifico: Alessio GIAQUINTO

Comitato Scientifico:

A. Manna, A. Lo Giudice, A. De Lia, A. Sacco Ginevri, A. Massaro, A. Gusmai, A. Las Casas, C. Bologna, C. Napolitano, C. Scognamiglio, E. Cersosimo, F. Cassibba, F. Bottalico, F. Vessia, F. Orabona, F. Longobucco, G. Dalia, G. Riccio, G. Ferlisi, I. Zingales, I. Alvino, J. Nieva Fenoll, L. Longhi, L. Kalb, M. Cavallaro, M. Montagnani, M. Lupoi, P. Albi, P. Valdrini, P. Castanos Castro, P. Milazzo, R. Caterina, R. Andrade Osorio, R. Ursi, R. Palladino, S. Spuntarelli, S. Setti, S. La Piscopia, S. Caruso, T. Greco

Comitato dei Revisori:

A. Mendola, A. Di Maio, D. Mendola, F. Cesareo, F. Prato, G. Pallotta, I. Valentino, M. Avossa, M. Gangi, M. Miceli, M. Pace, M. Bottino, O. Greco

Redazione:

- capo redattore I. Ferrara
- v.capo redattore A. Cuofano
- v.capo redattore I. Taccola
- v.capo redattore R. Samperi

**RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI -
SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE**

Denominazione della Rivista Scientifica: **Cammino Diritto**

ISSN: 2532-9871 - Codice CINECA: E243140 - Rivista ANVUR

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

Sede: Via Rosa Jemma 50 84091 Battipaglia (SA)

Editore: CAMMINO DIRITTO Srl

ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it

Indirizzo web: <https://www.camminodiritto.it>

Indirizzo e-mail: direzione@camminodiritto.it

Tutti i contributi pubblicati in questo questo fascicolo hanno superato una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore

1 - L'OBBLIGO DI MANTENIMENTO DEL FIGLIO MAGGIORENNE AL VAGLIO DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

autore/i **Federica Paolucci, Eugenio Ciliberti**, pubblicato sabato 2 gennaio 2021

2 - DISUGUAGLIANZE, MISURE CONCILIATIVE E TUTELE NELLO SCENARIO EUROPEO SMART-EPIDEMICO

autore/i **Veronica Caporrino**, pubblicato lunedì 11 gennaio 2021

3 - REATO ASSOCIATIVO MAFIOSO: AMMESSA LA CONTINUAZIONE CON I REATI SCOPO

autore/i **Federica Crescioli**, pubblicato lunedì 18 gennaio 2021

4 - I SISTEMI ELETTORALI AL VAGLIO: TRA METODO E CONTESTO STORICO-POLITICO

autore/i **Luana Leo**, pubblicato venerdì 22 gennaio 2021

5 - IL RISCHIO DI CREDITO NELL'ATTIVITÀ BANCARIA: DAGLI ACCORDI DI BASILEA ALLA NUOVA DEFINIZIONE DI DEFAULT

autore/i **Paolo Del Gaudio, Maria Teresa Del Gaudio**, pubblicato lunedì 25 gennaio 2021

6 - IL CONSIGLIO DI STATO SULLA NOZIONE DI ATTO PRESUPPOSTO

autore/i **Vincenzo Visone**, pubblicato martedì 26 gennaio 2021

7 - IL FINE VITA: UN TEMA SEMPRE ATTUALE

autore/i **Luana Leo**, pubblicato venerdì 29 gennaio 2021

L'OBBLIGO DI MANTENIMENTO DEL FIGLIO MAGGIORENNE AL VAGLIO DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

L'istituto dell'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente è stato oggetto di nuovi rilevanti sviluppi nella casistica giurisprudenziale in materia, che sembra aver recepito le numerose indicazioni provenienti dalla dottrina civilistica. In particolare, l'ordinanza n. 17183/2020 della Prima Sezione Civile della Suprema Corte di Cassazione ha contribuito a definire alcuni principi già presenti nella giurisprudenza di legittimità pregressa e, in particolare, i concetti di indipendenza economica, funzione educativa del mantenimento, autoresponsabilità del figlio maggiorenne e capacità lavorativa del medesimo.

autori **Federica Paolucci, Eugenio Ciliberti**



Abstract ENG

L'istituto dell'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente è stato oggetto di nuovi rilevanti sviluppi nella casistica giurisprudenziale in materia, che sembra aver recepito le numerose indicazioni provenienti dalla dottrina civilistica. In particolare, l'ordinanza n. 17183/2020 della Prima Sezione Civile della Suprema Corte di Cassazione ha contribuito a definire alcuni principi già presenti nella giurisprudenza di legittimità pregressa e, in particolare, i concetti di indipendenza economica, funzione educativa del mantenimento, autoresponsabilità del figlio maggiorenne e capacità lavorativa del medesimo. The Italian Supreme Court designed new conditions under which a court may require a parent to provide child support even if the prole is of age but not economically self-sufficient. This paper is highlighting the emergent issues by looking with a comparative eye to previous decisions of national and territorial courts.

Sommario: 1. Il fondamento normativo dell'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente e la sua estrinsecazione nella casistica giurisprudenziale; 1.1 Le circostanze oggetto di valutazione da parte del giudice; 2. Funzione educativa del mantenimento e autoresponsabilità del figlio maggiorenne al vaglio del principio di solidarietà; 3. Da diritto a dovere: osservazioni in tema di capacità lavorativa del figlio maggiorenne; 4. L'inversione dell'onere probatorio: verso una responsabilizzazione del figlio maggiorenne; 5. Conclusione: la necessità di uno sviluppo della *pars construens* giurisprudenziale nel contesto di una riforma legislativa del diritto di famiglia.

1. Il fondamento normativo dell'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente e la sua estrinsecazione nella casistica giurisprudenziale

L'istituto dell'obbligo di mantenimento [1] del figlio maggiorenne non autosufficiente costituisce un peculiare esempio di commistione tra *status personae* e *status familiae*. Invero, nell'ambito della comunità familiare [2], diritti e doveri di ciascun individuo si integrano e completano in una «coincidenza di valori e di interessi di vita, reciprocità o connessione di rapporti al di fuori di logiche retributive o di profitto [3]». Nella identificazione della *ratio* di tale obbligo, non si può, pertanto, prescindere dalla lettura integrata degli artt. 2, 29, co. 1, 30, co. 1 della Costituzione, che assurgono alla funzione di stella polare nella applicazione della disciplina privatistica.

Nonostante la notevole rilevanza che già in età pre-repubblicana assumeva la potestà genitoriale [4], tale disciplina è oggetto di una incerta esegesi, anche in considerazione delle numerose riforme che hanno interessato il diritto di famiglia e, soprattutto, la disciplina del rapporto di filiazione [5]. In questo contesto, fondamentale è stato il ruolo assunto dal giudice di legittimità che, tra numerose innovazioni e non senza qualche arresto, ha contribuito ad individuare i presupposti normativi e le costanti applicative dei diversi principi presenti *in nuce* nella sistematica civilistica che, grazie all'apporto giurisprudenziale, hanno ricevuto il crisma del diritto vivente.

Un recente approdo di questo percorso si è avuto con l'ordinanza della Prima Sezione Civile della Cassazione, la n. 17183 del 14 agosto 2020 che, nel ripercorrere l'itinerario fino a quel momento seguito dal giudice di legittimità, si è spinta oltre in quanto ha proceduto alla enucleazione di nuovi criteri che, a prima vista, sembrano segnare un passo in avanti rispetto alla esatta collocazione dell'obbligo di mantenimento nell'ambito della speculazione sui diritti e i doveri di ciascun componente del nucleo familiare.

L'equilibrio dei rapporti familiari si fonda sulla realizzazione delle esigenze individuali, essendo comunque la famiglia una formazione sociale a ciò deputata alla stregua dell'art. 2 Cost. Un simile temperamento di interessi trova adeguata esplicazione in due norme, quasi speculari, del Codice Civile, gli artt. 147 e 315 *bis*, che enunciano rispettivamente i doveri verso i figli e i diritti e doveri di questi ultimi nei confronti dei genitori [6]. Ambedue le disposizioni prevedono l'obbligo (e il corrispondente diritto), già presente nell'art. 30, co. 1, Cost., di mantenimento, senza tuttavia specificarne i limiti. Tradizionalmente, si è ritenuto che esso cessi allorché il figlio raggiunga la maggiore età, e, dunque, si presume essere in grado di vivere autonomamente al di fuori del proprio nucleo familiare. Sul punto, già la L. 8 febbraio 2006, n. 54 [7] aveva profondamente innovato la *subiecta materia*, con l'introduzione dell'art. 155 *quinquies* c.c. Tale norma è stata successivamente abrogata dal D. Lgs. 154/2013 e trasposta nell'art. 337 *septies* c.c., così diventando il parametro di riferimento della disciplina. Sebbene risulti inserita all'interno

del Capo II del Titolo IX del Libro Primo [8] riguardante le crisi coniugali, essa assume una portata di ordine generale.

L'art. 337 *septies* c.c. pone in capo al giudice la potestà di disporre il pagamento di un assegno periodico in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente, previa valutazione delle circostanze in sede giurisdizionale. Dall'analisi dell'enunciato legislativo, emergono due elementi che richiedono una definizione pratica in sede processuale: le circostanze che consentono al giudice di determinare in capo ai genitori l'obbligo di versamento dell'assegno in favore del figlio e il criterio della non indipendenza economica, che è alla base dell'obbligo suddetto. In questo senso, l'ordinanza n. 17183/2020 della Suprema Corte ha rappresentato un importante punto di arrivo. Essa, oltre a sintetizzare gli approdi giurisprudenziali fino a quel momento raggiunti, li ha ulteriormente ampliati, tracciando un quadro tendenzialmente completo, che possa fungere da bussola anche per il giudice del merito, chiamato volta per volta ad interfacciarsi con la realtà dei fatti.

1.1 Le circostanze oggetto di valutazione da parte del giudice

Quanto al primo elemento, la Corte [9] ha ribadito la centralità del giudice nell'accertamento caso per caso della presenza di circostanze che giustifichino il permanere dell'obbligo di mantenimento. Inoltre, come evidenziato nell'ordinanza, l'utilizzo del verbo servile "può" da parte del legislatore rimarca la previsione di una "mera possibilità", attribuita al magistrato, di disporre il pagamento dell'assegno periodico, in quanto tale soggetta ad un «tipico giudizio discrezionale, rimesso al prudente apprezzamento dell'organo giurisdizionale [10] ». Ad una prima lettura del provvedimento, si ravvisa il rischio che il soggetto beneficiario, qualora non riesca a soddisfare pienamente l'onere della prova [11], rimanga sprovvisto di una qualsivoglia forma di tutela. Situazione resa ancor più inaccettabile dal fatto che, anche a seguito della novella legislativa del 2013, non siano state definite le modalità che il giudice è chiamato a seguire nell'*iter* che conduce alla nascita dell'obbligo in capo al genitore.

Detto accertamento, ispirato a criteri di relatività, si riverbera altresì sulla determinazione dell'assegno: sul punto, un precedente intervento della Cassazione [12] aveva rimarcato la necessità di un ragionamento fondato sui principi di proporzionalità e adattabilità in relazione alle «attuali esigenze del figlio», consistenti nei bisogni, le abitudini, le legittime aspirazioni che non possono non essere condizionate dal livello economico-sociale dei genitori [13]. Risulta evidente l'ampiezza del contenuto del dovere di mantenimento, volto a consentire la conservazione in capo al figlio dello stile di vita proprio della famiglia di provenienza, allo scopo di garantire la piena realizzazione della sua personalità [14]. Sono ivi ricomprese, dunque, «le spese per il vitto e per una abitazione adeguata [15], le spese sanitarie, scolastiche, ricreative, sportive, le spese attinenti alle relazioni sociali e, in generale, tutte quelle che concorrono ad organizzare uno stabile menage, idoneo a

rispondere a tutte le necessità della cura dei figli, alla loro assistenza morale e materiale [16] ».

Soggetti passivi di tale rapporto sono, per il solo fatto di aver generato i figli [17] , entrambi i genitori che svolgono attività lavorativa, produttiva di reddito, secondo una ripartizione simmetrica del dovere di contribuire al soddisfacimento delle esigenze della prole in ragione delle proprie disponibilità economiche. Situazione che crea non poche problematiche quando la prestazione di uno dei due viene meno, risolte con l'affermazione, da parte della Cassazione, di una pari interscambiabilità tra i genitori nell'adempire l'obbligo di mantenimento *ex art. 148 c.c* [18] . Soluzione questa che se, da una parte, è volta a garantire la presenza di un supporto minimo a favore dei figli, dall'altra grava eccessivamente sul coniuge chiamato a supplire alle mancanze dell'altro.

Discorso non meno complesso deve farsi dal lato del soggetto attivo: al riguardo, un consolidato orientamento giurisprudenziale, già prima della riforma del 2006 [19] , riteneva che il mantenimento non si estinguesse fino a quando il figlio non fosse economicamente autosufficiente. Tale principio è compatibile con una molteplicità di letture, da ciascuna delle quali scaturiscono conseguenze ben specifiche, in particolare per quel che riguarda l'individuazione del momento in cui si verifica la perdita del diritto da parte del figlio. Qui l'ordinanza, attraverso una minuziosa descrizione dei precedenti in materia [20] , fa registrare una prima considerevole rottura rispetto al passato.

La capacità reddituale del figlio [21] non è più la sola a venire in rilievo, poiché essa deve essere logicamente affiancata da ulteriori due parametri, tradizionalmente visti come corollari della stessa, che, con l'ordinanza in esame, acquisiscono una rinnovata autonomia, sulla spinta di una elaborazione dottrinale sempre più attenta ai principi personalistici presenti nella Carta Fondamentale. In primo luogo, assurge a punto di riferimento la “funzione educativa del mantenimento”, seguita dalla “autoresponsabilità” del figlio maggiorenne.

Essi si integrano vicendevolmente in una situazione giuridica di diritto-dovere, che ben rispecchia la duplice valenza della solidarietà *ex art. 2 Cost.*

2. Funzione educativa del mantenimento e autoresponsabilità del figlio maggiorenne al vaglio del principio di solidarietà

La funzione educativa del mantenimento e il principio di autoresponsabilità del figlio maggiorenne sono gli strumenti cui la Corte fa ricorso, nell'ordinanza, per un recupero di razionalità nella valutazione della persistenza dell'obbligo di mantenimento: valutazione condotta con «rigore proporzionalmente crescente [22] », orientata ad evitare la configurazione di un abuso del diritto, da parte del figlio maggiorenne, che stride con la finalità solidaristica della disciplina.

A tal proposito, volendo rievocare quanto già sostenuto in principio di trattazione, è inevitabile il richiamo al primo comma dell'art. 29 Cost., che collega espressamente il diritto-dovere dei genitori di mantenere la propria prole a quello di istruirla ed educarla. Questo rinvio al dettato costituzionale ha permesso alla Cassazione di affermare già, in precedenza, «il diritto del figlio all'interno e nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso formativo [23] ». Diritto che non può protrarsi *sine die*, poiché altrimenti contrasterebbe con il principio di ragionevolezza, dando luogo a «forme di vero e proprio parassitismo [24] » che, se da una prospettiva utilitaristica non consentono il progresso materiale e spirituale della società, da un punto di vista prettamente personalistico, invece, impediscono lo svolgimento della personalità di ciascun individuo.

Constatata la mancanza di una normativa puntuale, la giurisprudenza ricerca nelle sue pregresse decisioni le regole da applicare al caso concreto, facendo ricorso al principio di autoresponsabilità, che funge da “camera di raffreddamento” della funzione educativa, in virtù del ruolo rivestito in settori ben diversi da quello familiare, relativi sia al diritto sostanziale – soprattutto in materia contrattuale - sia a quello processuale, opportunamente richiamati dalla Corte nel testo della pronuncia. In questo contesto, è di cruciale importanza la maturità del figlio [25] , concetto che segna il definitivo passaggio all'età adulta, con tutti i doveri che essa comporta: *in primis*, la scelta di un percorso di vita, sulla base delle rispettive capacità, inclinazioni e aspirazioni [26] . L'unico limite a tale scelta, costituito dalla «compatibilità con le condizioni economiche dei genitori [27] », porta i giudici di legittimità ad asserire l'adeguatezza e ragionevolezza delle opzioni formative, sì da non gravare eccessivamente sulle finanze familiari e non imporre sacrifici estremi alle altrui esigenze di vita, contrari al principio della buona fede [28] .

In relazione al *thema decidendum* dell'ordinanza, il collegamento tra i due principi qui illustrati ha segnato una svolta nel modo di intendere l'obbligo di mantenimento, mediante la predisposizione di canoni ermeneutici che indicano le situazioni in cui esso è da ritenersi fondamentale per il corretto decorso del processo di crescita del figlio, finalizzato alla ricerca di una propria posizione all'interno della società e, conseguentemente, all'abbandono dell'*habitat* domestico. Innanzitutto, con riguardo all'attività di studio, tale obbligo rimane immutato per tutto il tempo utile al conseguimento dei titoli necessari, con possibilità anche di proseguire per un migliore approfondimento, salvo che il percorso formativo non si spinga oltre un termine ragionevole, desunto dalla durata ordinariamente prevista per il completamento degli studi [29] , nonché dal tempo mediamente occorrente per ottenere un impiego [30] .

Il risultato di questa ricostruzione apre nuovi scenari nel rapporto tra genitori e figli, che vede questi ultimi titolari di una posizione di vantaggio a prescindere da un oggettivo bisogno di protezione. Nonostante le odierne condizioni socioeconomiche non permettano più di considerare l'autoresponsabilità come «capacità del figlio di provvedere a sé con

appropriata collocazione in seno al corpo sociale [31] », essa deve comunque intendersi in termini di «utile attivazione del figlio nella ricerca comunque di un lavoro», dal momento che il difetto di autosufficienza economica rileva esclusivamente nei casi in cui esso sia connotato da un'assenza di colpa.

Una simile argomentazione, per essere correttamente sostenuta, deve ora rinvenire “l’anello mancante” tra percorso educativo scelto e impiego aderente alle proprie soggettive aspirazioni, rappresentato dalla c.d. capacità lavorativa, concetto su cui è doveroso soffermarsi.

3. Da diritto a dovere: osservazioni in tema di capacità lavorativa del figlio maggiorenne

Con riferimento alla capacità lavorativa del figlio maggiorenne, la Corte si propone, ancora una volta ^[32], di ri-tratteggiare e adeguare ai tempi correnti i rapporti familiari, attraverso una interpretazione funzionale alla concreta applicazione delle norme in tema di mantenimento, che si contrappone nettamente a quella fornita in alcune precedenti pronunce di segno opposto ^[33]. Un impegno che assume i tratti di un vero e proprio “terremoto giuridico”, che ha permesso una rimodulazione del rapporto genitoriale, «da potestà a compiti ^[34] ».

Partendo dall'art. 337 *septies* c.c., i giudici di legittimità si sono soffermati sull'interpretazione dei singoli elementi che compongono la norma, mancando la stessa di una limitazione positiva, rinviando, pertanto, alla valutazione discrezionale del giudice. Ciò che in questa sede maggiormente interessa è l'elemento che rappresenta la preconditione necessaria per godere del diritto all'assegno di mantenimento e del corrispondente obbligo in capo al genitore: l'essere figlio e non indipendente economicamente. Se, nella minore età, è pacifico come tale obbligo sussista in capo al genitore, nel contesto di un delicato equilibrio tra diritti e doveri ^[35] - quali quelli di istruzione, educazione, assistenza morale, ex artt. 147 e 315 *bis* c.c.-, con il passaggio dalla minore alla maggiore età, tale obbligo non è automatico. La maggiore età rappresenta il momento tipico in cui il necessario sbilanciamento, positivamente rivolto verso la prole minorenni, deve essere man mano rimesso in asse.

All'esito del giudizio di merito, la Corte territoriale aveva difatti stabilito che il diritto al mantenimento del figlio ultra-maggiorenne dovesse cessare con l'ottenimento della propria capacità a mantenersi. Tale capacità è da ritenersi presunta oltre i trenta anni e, pertanto, una volta raggiunta la decadenza dall'obbligo di mantenimento, non si potrà prospettare una sua reviviscenza, anche in caso di futura perdita del lavoro ^[36]. Da questa fattispecie potrebbe comunque avere origine un diritto al versamento degli alimenti che, come già è stato fatto notare in precedenza ^[37], rispetto all'obbligo di mantenimento, afferisce a una categoria giuridica distante e non sovrapponibile ^[38].

La Corte si inserisce in questo solco, rigettando i motivi a sostegno del ricorso proposto dalla madre del figlio trentenne, a scapito del coniuge tenuto al versamento dell'assegno di mantenimento. L'apprensione della madre, che si spinge sino in Cassazione per vedere tutelati i diritti, in realtà questionabili, del proprio figlio, alla luce dell'ordinanza *de qua* eccede di gran lunga quel ruolo di guida e formazione della prole che le è imposto tanto dalla legge quanto dalla morale sin dal momento della procreazione^[39]. L'impostazione di questo ragionamento lascia indubbiamente trasparire la totale assenza del figlio da esso: circostanza, questa, da cui parte la Corte per fornire una nuova lettura di quei delicati equilibri di cui si è detto.

In questo senso, l'ordinanza provvede a fare maggiore chiarezza sugli obblighi dei genitori: accanto a questi, e specularmente, sono da inserirsi i doveri dei figli nei confronti degli stessi^[40]. Partendo dai predetti principi di autoresponsabilità e funzione educativa del mantenimento, la Corte pone, come presupposto per la configurazione e il riconoscimento del diritto *ex art. 337 septies c.c.* in capo al figlio maggiorenne, anche il requisito della capacità lavorativa^[41]. Tale criterio va di pari passo con il ben noto discrimine dell'indipendenza economica^[42], già individuato nella sopramenzionata norma quale *condicio sine qua non* per il giudice, il quale, con il suo «prudente apprezzamento^[43]», può^[44] valutare il pagamento di un assegno periodico in favore del figlio maggiorenne.

La capacità lavorativa, «intesa come adeguatezza a svolgere un lavoro in particolare remunerato^[45]», diviene lo spartiacque per considerare l'applicabilità del diritto al mantenimento. Difatti, lo spirito che ha guidato il giudice di legittimità risulta essere quello diretto a scardinare una visione assistenzialistica e assicurativa del mantenimento, che potrebbe consentire il proliferare di forme di parassitismo ai danni dei genitori.

Il passaggio, dunque, dalla fanciullezza all'età adulta verrebbe scandito, secondo la Corte, dalla presunzione (*iuris tantum*) di poter compiere l'ingresso nel mondo del lavoro, fatta salva la prova contraria dell'aver intrapreso un percorso di studio proficuo *in fieri*, eliminando ogni ulteriore residuo riferimento alla retribuzione percepita dal figlio e alla solidità del rapporto lavorativo^[46].

Se, difatti, la capacità lavorativa è una condizione che si presume in seguito al compimento della maggiore età, di diverso avviso si deve essere quando si considera il concetto di indipendenza economica. Discostandosi, dunque, da quella giurisprudenza di merito^[47] che si sforzava di individuare un'età presuntiva per la cessazione dell'obbligo di mantenimento, la Cassazione ha fatto chiarezza sul punto^[48] individuando nella maggiore età e nel conseguente ottenimento della capacità d'agire e lavorativa, il momento in cui cessa l'obbligo di contribuzione da parte dei genitori, salva la prova, a carico del richiedente, delle condizioni che possano giustificare il permanere di tale obbligo.

Questi aspetti non sono del tutto estranei alla Corte, la quale, già in passato, aveva stabilito che la perdita del diritto al mantenimento dovesse verificarsi col raggiungimento, da parte dei figli, di una condizione di indipendenza economica, da considerarsi tale «con la percezione di un reddito corrispondente alla professionalità acquisita ^[49] », ovvero - criterio richiamato anche nell'ordinanza in esame - quando il figlio, divenuto maggiorenne, sia stato posto dai genitori nelle condizioni di poter essere economicamente autosufficiente.

Un orientamento che è stato seguito da quelle pronunce ^[50] che hanno letto l'indipendenza economica come il conseguimento da parte del figlio di un impiego tale da consentirgli l'ottenimento un reddito corrispondente alla sua professionalità e attagliato alle sue aspirazioni. Decisioni che, tuttavia, non hanno fatto che ammantare il criterio della dipendenza economica di opacità interpretativa: aspetto su cui, al contrario, si è invece soffermata la Corte in questa sede.

Alla luce dell'ordinanza in oggetto, la dipendenza economica è da leggersi come un sacrificio necessario, sopportabile fintantoché le condizioni economiche familiari lo consentano ^[51] e l'avente diritto non ponga in essere condotte che sfocino nell'abusività o nell'esercizio in “mala fede” del diritto ^[52]. I giudici di legittimità specificano che, «perché esso sia correttamente inteso, occorre che la concreta situazione economica non sia il frutto di scelte irragionevoli e sostanzialmente volte ad instaurare un regime di controproducente assistenzialismo, nel disinteresse per la ricerca della dovuta una indipendenza economica ^[53] ».

Tornando, dunque, al bilanciamento tra diritti e doveri, la capacità lavorativa ha come contraltare il raggiungimento dell'indipendenza economica, dovendo il figlio svolgere una ricerca seria e ponderata. Si tratta, per dirla con Rodotà ^[54], di «un diritto ad avere diritti», che deve proiettarsi all'interno di una cornice di responsabilità e rispetto delle parti in causa, ponendosi, da un lato, le necessarie aspirazioni del figlio e, dall'altro, la presa di coscienza di non poter fare affidamento sui genitori *sine die*, che insieme sostanziano il dovere contributivo di cui all'ultimo comma dell'art. 315 *bis* c.c.

Dalla lettura dell'ordinanza, emerge, rispetto al passato, la rimozione di ogni automatismo, andandosi a configurare come condotte che non integrano il diritto al mantenimento non solo quelle che mostrano una negligenza da parte del figlio maggiorenne, ma anche la mancata ricerca di un'indipendenza personale finalizzata all'acquisizione dello «status di sufficienza economica ^[55] », in mancanza di quei requisiti che possano giustificare il permanere dell'obbligo di mantenimento.

4. L'inversione dell'onere probatorio: verso una responsabilizzazione del figlio maggiorenne.

Una attenzione particolare merita altresì il tema dell'onere probatorio: aspetto tutt'altro che

mero oggetto di una riflessione di natura processual-civilistica, ma che, al contrario, costituisce un punto cardine del cambio di orientamento della Cassazione. Esso rappresenta il momento decisivo dell'elevamento del figlio, l'avente causa, a parte attiva della vicenda, processuale e non.

Il pregresso orientamento giurisprudenziale non lasciava spazi alla possibilità di far gravare l'onere probatorio sul figlio maggiorenne, pesando, invece, sul genitore, il quale doveva dimostrare di poter essere esonerato dall'obbligazione in esame.

Le *condiciones sine qua non* dovevano essere, da un lato, la prova della negligenza^[56] del figlio e, dall'altro, il raggiungimento di una certa soglia di autosufficienza^[57] da parte di quest'ultimo. Numerose sono state poi le varianti interpretative circa l'oggetto dell'onere probatorio^[58], nessuna delle quali è mai riuscita a sciogliere il vero nodo della questione: il fatto che non spetta al genitore, bensì al figlio maggiorenne non indipendente economicamente, dimostrare di possedere i requisiti per divenire il soggetto passivo del rapporto obbligatorio.

Dopo aver ripercorso le evenienze che comportano il sorgere del diritto al mantenimento^[59], la Corte specifica che l'obbligo legale cessa con la maggiore età, dovendo, in seguito, essere stabilito dal giudice sulla base delle prove fornite dal richiedente - ovvero sia, il figlio maggiorenne. Questi non dovrà solo provare la mancanza d'indipendenza economica, ma anche di aver diligentemente curato la propria preparazione, nonché l'aver attivamente ricercato un lavoro^[60].

Una simile soluzione gode altresì dell'effetto indiretto di responsabilizzare la prole, che, come si è notato, è una delle finalità principali di questo procedimento. L'età matura rappresenta l'*id quod plerumque accidit* dal quale discende una presunzione (relativa) di autosufficienza, che può essere vinta dimostrando d'aver proseguito proficuamente gli studi in un lasso di tempo congruo. Inoltre, sfiorando la *probatio diabolica*, il figlio dovrà provare l'impossibilità di trovare un impiego per causa a lui non imputabile, o che neppure con un altro lavoro egli avrebbe potuto conseguire l'auto-mantenimento. Situazione difficile da provare, dovendo essere osservata da una più lungimirante prospettiva, che si contestualizza nelle scelte formative e di vita del figlio, nonché delle condizioni economiche familiari, onde evitare il reiterarsi di condotte velleitarie.

La possibilità di fornire prova contraria e di corroborare le ragioni che possono spingere il giudice a valutare il pagamento di un assegno periodico spetta solo ed esclusivamente al figlio, nel rispetto del principio di prossimità della prova. Si tratta di un passaggio fondamentale, ove si pensi all'impossibilità per un genitore di conoscere i dettagli della vita del figlio - se lavora, sostiene regolarmente gli esami universitari di profitto, ecc., - non potendo violare la sua riservatezza. Pertanto, è il figlio a dover fornire le suddette

informazioni, coerentemente con l'art. 24 Cost., e non il padre, il quale, giustamente, non sarebbe in grado di soddisfare l'onere di allegazione dei fatti sufficienti a provare l'avvenuta cessazione dell'obbligo di mantenimento ^[61]. Il figlio maggiorenne, dunque, dovrà necessariamente rivestire un ruolo attivo nella vicenda che lo vede protagonista, dovendo fornire la prova, pur negativa, delle circostanze che sostanziano l'obbligazione in suo favore ^[62], essendo la parte che possiede una maggiore conoscenza dei fatti, sperimentandoli in prima persona.

Arrivando alle considerazioni conclusive della Corte, due ulteriori aspetti meritano di essere discussi: la prova presuntiva e il principio di «prossimità dell'età del richiedente ^[63]». Con riferimento al primo aspetto, la valutazione della capacità lavorativa potrà essere fornita anche mediante presunzioni che possano alleggerire il carico probatorio gravante sul figlio maggiorenne ^[64]. Tale posizione è avvalorata da una recente sentenza di merito ^[65], ove si è detto che «la prova del raggiungimento di un sufficiente grado di capacità lavorativa è ricavabile anche in via presuntiva dalla formazione acquisita e dalla esistenza di un mercato del lavoro in cui essa sia spendibile».

L'età del richiedente diviene così indice di prova presuntiva, anche alla luce del più volte richiamato principio di autoresponsabilità. Ne consegue che l'onere probatorio risulterà essere particolarmente lieve per gli anni immediatamente successivi al compimento della maggiore età, qualora il soggetto abbia, ad esempio, intrapreso un percorso di studi serio, che persegue con dedizione e profitto. Il giusto sforzo, impiegato per effettuare un ingresso più proficuo nel mondo del lavoro, andrebbe di per sé a completare questo tipo di prova, giacché, investendo sul proprio futuro, il figlio decide di integrare le competenze acquisite nell'ordinario ciclo di studi superiore con delle ulteriori conoscenze maggiormente professionalizzanti. Diversamente, la prova dell'esistenza del diritto al mantenimento sarà progressivamente più gravosa per il richiedente man mano che si discosterà dalla maggiore età ^[66]. Si può, allora, parlare di una vera e propria presunzione di autosufficienza che viene gradatamente a concretizzarsi nel passaggio dalla maggiore età a quella adulta, per mezzo di un processo di maturazione ^[67]. Criterio che, a sua volta, deve essere opportunamente bilanciato a partire dall'osservazione di come il figlio si sia dedicato *medio tempore* alla ricerca di un'occupazione e non abbia irragionevolmente ritardato il termine per il completamento degli studi.

Tale lettura della Cassazione apre ad una nuova configurazione dei rapporti di filiazione in netto contrasto con la precedente giurisprudenza sul diritto *ex art. 337 septies c.c.* Tuttavia, nonostante l'intento chiarificatore della Corte, numerose sono le questioni che restano ancora in sospeso, relative, in particolare, alla cesura che si potrebbe verificare con il compimento della maggiore età. Sebbene la volontà della Corte sia quella di evitare il reiterarsi di comportamenti parassitari, il risultato potrebbe sostanzialmente in un'interpretazione eccessivamente riduttiva, inserendosi proprio nel momento in cui il

figlio attraversa la fase più delicata della sua esistenza, in cui inizia ad interfacciarsi col proprio futuro. Giova inserire tale riflessione nella cornice del particolare periodo storico che stiamo vivendo, in cui un'intera generazione, con grandi difficoltà, è in procinto di effettuare le proprie scelte di vita, in un mondo danneggiato - anche economicamente - dall'emergenza SARS-CoV-2 (c.d. COVID-19) ^[68].

A fronte di quanto riferito finora, è facile accorgersi che la vera disputa non deve avvenire unicamente sul terreno dell'interpretazione della norma sostanziale, bensì anche su quello del riflesso sociale di ciò che, come interpreti e studiosi del diritto, siamo chiamati a mettere in discussione. Urge, pertanto, trovare un bilanciamento tra gli interessi di due generazioni: da una parte, i genitori, che, nonostante le loro fragilità, sono chiamati a non trascurare il c.d. *best interest* della loro prole; dall'altra, i figli, che, chiamati a comprendere dove si esauriscono i doveri dei genitori e iniziano i propri, debbono agire sempre più responsabilmente, spogliandosi dei comodi abiti fanciulleschi e imparando, pian piano, ad andare avanti anche senza i loro genitori ^[69].

5. Conclusione: la necessità di uno sviluppo della *pars construens* giurisprudenziale nel contesto di una riforma legislativa del diritto di famiglia

Al termine di questa analisi dell'ordinanza n. 17183/2020, emerge chiaramente la forte spinta propulsiva impressa dalla Corte di Cassazione. Pur non abbandonando il percorso già ampiamente delineato in sede di legittimità, la lettura dell'istituto dell'obbligo di mantenimento è ammantata di una nuova veste rispetto al passato, essendo mutata la prospettiva dalla quale veniva tradizionalmente letta la normativa di riferimento. In alcuni punti, ci si è persino spinti oltre il dettato legislativo, specie in considerazione delle pressioni provenienti dalla realtà contemporanea ^[70].

In questo contesto di continue trasformazioni, la Corte svolge al massimo delle sue potenzialità la funzione nomofilattica attribuitale dall'art. 65 ord. giud., compiendo uno sforzo significativo nella sistemazione e definizione dei principi in tema di obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne, alla luce di un profondo mutamento dell'ambiente sociale ^[71].

Più volte, nel corso della presente indagine, è stata segnalata l'assenza di indicazioni precise da parte del legislatore in merito. Assenza che si è manifestata nella mancanza di punti fermi per il giudice di merito che, in prima battuta, è chiamato a dirimere le controversie che ne scaturiscono. Una simile incertezza causa forti oscillazioni ermeneutiche finanche nella interpretazione che di tale istituto offre la stessa Cassazione, la quale alterna un consolidamento del proprio orientamento su taluni punti a non trascurabili arresti giurisprudenziali riguardo ad altri. Urge, quindi, un bisogno di stabilità nella disciplina, che può essere soddisfatto solo con l'intervento del decisore politico, chiamato ad incidere in questo ambito non già con leggi sporadiche, che limitano la rispettiva

operatività solo ad alcuni aspetti di tale materia, ma con una riforma organica che sancisca il definitivo superamento, oltre che del concetto di famiglia in termini di comunità fondata sul matrimonio, anche della incapacità dei figli di autodeterminarsi, assumendosi la responsabilità delle proprie scelte di vita [72] . Ciò al fine di un recupero dell'essenza solidaristica della famiglia che, oltre che essere una “comunità di vita e di affetti”, è soprattutto la più importante tra le formazioni sociali deputate allo svolgimento della personalità dell'individuo, ai sensi dell'art. 2 Cost.

Una rinnovata valorizzazione di questi compiti inevitabilmente porta la famiglia ad interfacciarsi con l'esterno, con le altre istituzioni civili facenti parte del sistema cui essa stessa appartiene. Entità predisposte per uno scopo comune, ciascuna delle quali concorrenti nel processo di crescita della prole, chiamata ad un progressivo distacco dal “nido familiare” e ad un ingresso nel mondo del lavoro in tempi celeri o, comunque, non eccessivamente dilatati. L'interruzione del circolo vizioso che origina da una assistenza *ad infinitum* del figlio porta a conseguenze negative anche per quanto concerne l'(eventuale) inadempimento dell'obbligo di sostentamento dei genitori mediante il versamento degli alimenti. In assenza di un reddito proprio del figlio, il rischio è quello che si determini una sproporzione tra diritti e doveri reciproci, frustrando l'aspettativa che viene a crearsi in capo ai genitori di poter beneficiare delle sostanze del figlio una volta che questi sia riuscito a trovare una sistemazione.

In questo quadro complesso e frammentario, il recepimento delle direttive fornite dalla giurisprudenza di legittimità diventa una condizione imprescindibile. L'obiettivo è quello di offrire una rilettura sostanziale dell'obbligo di mantenimento, che abbandoni i meccanismi meramente formali che ne determinano il sorgere, nonché la retorica che pure ha caratterizzato alcune sue applicazioni, e si apra ad una quotidianità polimorfa, le cui sfide non possono essere superate con l'affermazione di una deresponsabilizzazione indiscriminata.

Non senza una certa dose di coraggio, la Corte, facendo ricorso alla tecnica dell'interpretazione per principi [73] , ha costruito un paradigma audace nella decodificazione di questo istituto, che deve uscire dai margini dell'art. 337 *septies* c.c. per integrarsi con altre disposizioni, codicistiche e costituzionali. Tuttavia, il portato dirompente di una simile esegesi abbisogna di una ulteriore legittimazione da parte di future decisioni in senso conforme e, su tutte, di un'autorevole conferma da parte delle Sezioni Unite. Motivo per cui l'ordinanza n. 17183/2020 della Prima Sezione Civile indubbiamente rappresenta un traguardo importante, ma non certo risolutivo. Ciononostante, non è da ignorare il fatto che le risposte alle *quaestiones* sottoposte al vaglio della Cassazione sono presenti e ben riconoscibili all'interno dell'ordinamento, occorrendo solo che il legislatore provveda a cristallizzarle secondo un metodo teleologico orientato a valori. Pertanto, la conclusione di questo cammino è ancora lontana e, nel breve termine, è possibile

semplicemente constatare che – parafrasando una celebre massima de *Il Gattopardo* – «se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi».

Note e riferimenti bibliografici

[1] Prima di affrontare l'esposizione di questo argomento alla luce della casistica giurisprudenziale, può essere utile fornirne una definizione completa di tale istituto. V. IVONE, in *Profili di danno endofamiliare*, Torino, 2020, 128, definisce il dovere di mantenimento dei figli come «quel dovere giuridico che sorge ex lege come conseguenza della mera procreazione e che si sostanzia – risultando riconducibile ad un generico risvolto patrimoniale dell'obbligo di cura che i genitori hanno verso la prole – nel dover sostenere le spese volte a soddisfare tutte le necessità dei figli».

[2] Categoria all'interno della quale devono altresì includersi quelle comunità legate dal vincolo affettivo tipico del rapporto familiare sono anche quelle che P. PERLINGIERI, in *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3° ed., Napoli, 2006, 926 definisce “convivenze spontanee”: in esse rientrano tanto quelle che, a seguito dell'emanazione della L. 20 maggio 2016, n. 76, sono state denominate “unioni civili”, che nascono tra persone dello stesso sesso, quanto le convivenze di fatto, che si connotano per la mancanza dei diritti e doveri coniugali.

[3] In tal senso, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 934,

[4] Già all'epoca dell'emanazione del Codice Civile, durante il regime fascista, l'obiettivo di protezione della prole all'interno della famiglia e della società rappresentava un elemento caratterizzante della potestà genitoriale, intesa come posizione di potere che comportava non solo la supremazia, ma soprattutto la responsabilità della salvaguardia dei propri figli.

[5] L'ultima più significativa modifica a tale disciplina è stata introdotta con L. 10 dicembre 2012, n. 219, recante “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”, seguita dal D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, concernente la “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'Articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219”, che ha eliminato la distinzione – fortemente discriminatoria - tra “figli legittimi” e “figli naturali”, adottando per entrambi il concetto unitario di “figlio”.

[6] Oggetto di una particolare elaborazione giurisprudenziale è stato soprattutto l'ultimo comma dell'art. 315 bis c.c., in cui il figlio da soggetto passivo di tutela diventa soggetto attivo, chiamato ad intervenire in prima persona nell'economia familiare dal momento in cui è dimostrabile che lo stesso abbia raggiunto un certo livello di indipendenza economica e, dunque, di autosufficienza. Ciò è particolarmente vero in tema di obbligo di prestazione degli alimenti, che sarà al centro, così come i concetti appena enunciati, di una più approfondita analisi nel prosieguo della trattazione.

[7] Recante “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”, in G.U. n. 50 del 1° marzo 2006.

[8] Relativo all' “Esercizio della responsabilità genitoriale, a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio”.

[9] Cass. civ., Sez. I, ord. 14 agosto 2020, n. 17183, punto 4.1 dei motivi della decisione.

[10] Inevitabile è il confronto con la disposizione di cui all'art. 337 ter, co. 4, c.c., dove la corresponsione di un assegno periodico a favore dei figli minorenni è stabilita dal giudice “ove necessario”, sulla base di criteri normativamente previsti. Sul punto, più ampiamente, v. M. MAGLIETTA, *Mantenimento del figlio maggiorenne: il cambio di rotta della Cassazione*, in *Altalex*, 1° settembre 2020.

[11] Onere della prova di cui si tratterà più diffusamente *infra*, par. 4.

[12] Cass. civ., Sez. VI, ord. 18 settembre 2013, n. 21273.

[13] Non si dimentichi, inoltre, che, in un momento successivo rispetto a tale valutazione, il giudice stabilisce i parametri per l'adeguamento automatico dell'assegno agli indici Istat, oppure, qualora non intenda fare ricorso a tali criteri, ai mutamenti del potere di acquisto della moneta.

[14] Si impone, in questo campo, una riflessione sulla differenza tra il mantenimento e l'obbligazione alimentare, cui è interamente dedicato il punto 4.9 dell'ordinanza. L'obbligazione alimentare, infatti, è finalizzata al mero sostentamento del soggetto in difficoltà e, quindi, «commisurata ai bisogni primari ed essenziali, per tutto il tempo in cui ciò sia necessario». Per un risvolto pratico di tale distinzione, v. *infra*, par. 3, nota 6.

[15] Tra le altre pronunce citate nell'ordinanza, concernenti tale specifico aspetto, v. Cass. civ., Sez. I, sent. 6 aprile 1993, n. 4108, in tema di assegnazione della casa coniugale per convivenza con i figli maggiorenni.

[16] V. IVONE, *Profili di danno endofamiliare*, cit., 128. V. anche Cass. civ., Sez. I, sent. 19 marzo 2002, n. 3974, che esclude debba ridursi l'obbligo di mantenimento a quello di tipo alimentare «in quanto, anche in caso di separazione personale tra coniugi, la prole ha diritto ad un mantenimento tale da veder garantito un tenore di vita corrispondente alle risorse economiche della famiglia ed analogo, per quanto possibile, a quello goduto in precedenza, circostanza che implica una valorizzazione anche delle accertate potenzialità reddituali».

[17] In proposito, v. Cass. civ., Sez. I, sent. 10 aprile 2012, n. 5652, citato in V. IVONE, *Profili di danno endofamiliare*, cit., *ibidem*, ove si statuisce che «nell'ipotesi in cui, al momento della nascita, il figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori, tenuto perciò a provvedere per intero al suo mantenimento, non viene meno l'obbligo dell'altro per il periodo anteriore alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, essendo sorto fin dalla nascita il diritto del figlio naturale ad essere mantenuto, istruito ed educato nei confronti di entrambi i genitori».

[18] Cass. civ., Sez. VI, ord. 2 maggio 2018, n. 10419, in cui viene stabilito che «se uno dei due non possa o non voglia adempiere al proprio dovere, l'altro, nel preminente interesse dei figli, deve far fronte per intero alle loro esigenze con tutte le sue sostanze patrimoniali e sfruttando tutta la propria capacità di lavoro, salva la possibilità di convenire in giudizio l'inadempiente per ottenere un contributo proporzionale alle condizioni economiche globali di costui».

[19] In particolare, v. Cass. civ., Sez. I, sent. 18 febbraio 1999, n. 1353; sent. 16 febbraio 2001, n. 2289; sent. 3 aprile 2002, n. 4765.

[20] Cass. civ., Sez. I, ord. 14 agosto 2020, n. 17183, cit., punto 4.2 dei motivi della decisione.

[21] Consistente nel raggiungimento da parte del figlio di uno *status* di autosufficienza economica relativo alla percezione di un reddito corrispondente alla professionalità acquisita, in relazione alle normali e concrete condizioni di mercato. Per un risvolto pratico di tale nozione, v. Cass. civ., Sez. I, sent. 8 agosto 2013, n. 18974, inerente alla non riconducibilità ad una semplice borsa di studio del compenso corrisposto al medico specializzando in dipendenza di un contratto di formazione specialistica pluriennale *ex art. 37*, D. Lgs. 17 agosto 1999, n. 368.

[22] Il riferimento è a Cass. civ., Sez. II, sent. 7 luglio 2004, n. 12477, Cass. civ., Sez. I, sent. 20 agosto 2014, n. 18076 e Cass. civ., Sez. I, sent. 22 giugno 2016, n. 12952.

[23] Ciò ha portato autorevole dottrina (in particolare, G.B. FERRI, *Diritto al mantenimento e doveri dei figli*, in *Diritto di famiglia. Raccolta di scritti in onore di Rosario Nicolò*, Milano, 1982, 378) a ritenere che l'obbligo di mantenimento, quale «supporto patrimoniale dei doveri di istruzione e di educazione», perdura finché non si siano compiuti gli studi che rappresentano l'attuazione del loro «progetto educativo». Per un approfondimento, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 828.

[24] Cass. civ., Sez. I, sent. 6 aprile 1993, n. 4108.

[25] Cass. civ., Sez. I, ord. 14 agosto 2020, n. 17183, cit. punto 4.5.1 dei motivi della decisione: in questo senso, l'età maggiore può considerarsi matura – e, pertanto, implica l'insussistenza del diritto al mantenimento – quando, sulla base del criterio presuntivo dell'*id quod plerumque accidit*, «si cessa di essere ragazzi e di accettare istruzioni ed indicazioni parentali per le proprie scelte di vita, anche minuta e quotidiana, e si diventa uomini e donne».

[26] Emerge qui l'idoneità della funzione educativa del mantenimento a «circoscrivere la portata dell'obbligo di mantenimento, sia in termini di contenuto, sia di durata, avendo riguardo al tempo occorrente e mediamente necessario per il suo inserimento nella società».

[27] V., tra le altre, Cass. civ., Sez. I, sent. 20 agosto 2014, n. 18076, cit., nonché Cass. civ., Sez. I, sent. 22 giugno 2016, n. 12952.

[28] Non si dimentichi, tuttavia, che è lo stesso ordinamento a bilanciare tale situazione, stabilendo, nell'art. 34 Cost., che «i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi» (terzo comma), diritto reso effettivo attraverso l'erogazione di «borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze» (ultimo comma). Queste sovvenzioni, secondo la Corte, oltre a dimostrare la proficuità della

innovativa a Milano, in *La Repubblica*, 23 maggio 2018.

[48] Si rimanda a M.L. SCHIRINZI, *Mantenimento del figlio maggiorenne: dal “diritto ad ogni possibile diritto” al principio di autoresponsabilità*, in *Ilfamiliarista.it*, Redazione Scientifica, n. 10, 10 novembre 2020.

[49] V. Cass. civ., Sez. I, 3 gennaio 2011, n. 18. In dottrina, diffusamente, v. M. STURIALE, R. RUSSO, *Responsabilità e tutela dei diritti nella vita privata e familiare*, Milano, 2016, 227-245.

[50] V., *ex multis*, Cass. civ. Sez. I, sent. 27 giugno 2011, n. 14123; Cass. civ., Sez. I, sent. 08 febbraio 2012, n. 1773, cit.

[51] V. Trib. Ancona, Sez. I, sent. 1° febbraio 2019, n. 206, ove si statuisce che «il diritto al mantenimento del figlio, infatti, si giustifica nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso di formazione che tenga conto delle sue capacità, inclinazioni e aspirazioni, nella misura in cui siano compatibili con le condizioni economiche della famiglia».

[52] Così, Cass. civ., Sez. I, ord. 14 agosto 2020, n. 17183, cit., punto 4.4 dei motivi della decisione.

[53] Si richiama, ancora una volta, Cass. civ., Sez. I, ord. 14 agosto 2020, n. 17183, cit., punto 4.4 dei motivi della decisione.

[54] S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012.

[55] E. A. EMILIOZZI, in *Lezioni di diritto di famiglia*, Roma, 2019, 123-125, utilizza la locuzione citata, descrivendola come «consistente nella percezione di un reddito corrispondente alla professionalità acquisita in relazione alle normali e concrete condizioni di mercato».

[56] In merito al concetto di negligenza, v. T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 365, ove viene svolta una interessante riflessione circa le conseguenze dell'inerzia colpevole del figlio maggiorenne, individuata come causa estintiva del diritto.

[57] In tema, v. Cass. civ., Sez. I, sent. 16 febbraio 2001, n. 2289; Cass. civ., Sez. I, sent. 21 maggio 2009, n. 11828; Cass. civ., Sez. VI, ord. 5 marzo 2018, n. 5088. V. anche, nella manualistica, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto Processuale Civile*, vol. 3, 27° ed., Torino, 2019.

[58] A tal riguardo, la Corte, in Cass. civ., sez. I, sent. 1° febbraio 2016, n. 1858, commentata da G. SOLURI, *Non rivive il diritto al mantenimento per il figlio che perde il lavoro*, in *Rivista Cammino Diritto*, n. 4, 2017, si è pronunciata circa “la sottrazione volontaria” del figlio dal lavoro, come metro di valutazione da utilizzare, da parte del genitore, con riferimento all'esonero dal versamento dell'obbligo di mantenimento.

[59] V. Cass. civ., Sez. I, ord. 14 agosto 2020, n. 17183, cit., punto 4.5.4 dei motivi della decisione.

[60] V. Cass. civ., Sez. I, ord. 14 agosto 2020, n. 17183, cit., punto 4.6 dei motivi della decisione.

[61] V., in commento all'ordinanza, M. MAGLIETTA, *Mantenimento del figlio maggiorenne: il cambio di rotta della Cassazione*, cit.

[62] La Corte corrobora questa argomentazione richiamando anche la precedente giurisprudenza sul tema in conclusione del punto 4.6 dell'ordinanza in esame, fornendo, ancora una volta, una interpretazione chiara e circostanziata su un aspetto molto dibattuto anche nella dottrina.

[63] Formulazione elaborata da chi scrive per identificare il concetto che la Corte esprime nell'ambito del punto 4.7 dell'ordinanza commentata.

[64] V. Cass. civ., Sez. I, ord. 14 agosto 2020, n. 17183, cit., punto 4.7 dei motivi della decisione, ove la Corte statuisce che è fatta salva la potestà attribuita al figlio di provare l'assenza di colpa mediante la conquista attuale di una posizione lavorativa.

[65] Nello specifico, Trib. Perugia, Sez. I, sent. 1° giugno 2020.

[66] Questo approccio è stato aspramente criticato da una parte della dottrina, come riportato in C. COSTABILE, *Il mantenimento dei figli maggiorenni: la Cassazione muta orientamento sul riparto degli oneri probatori?*, in *ilProcessoCivile.it*, 30 settembre 2020. Le obiezioni principali a questo orientamento giurisprudenziale riguardano, da una parte, il ruolo che il figlio dovrebbe rivestire in una causa di revisione delle condizioni di separazione o divorzio e, dall'altra, le modalità di redistribuzione del carico probatorio, non chiarendo, la Corte, se il figlio debba attivarsi con un autonomo procedimento per definire l'obbligo di mantenimento, oppure cosa possa accadere qualora, nel corso del processo, il figlio diventi maggiorenne. Tale aspetto è stato affrontato, da ultimo, in G. DE MARZO, *Figli Maggiorenni e Diritto al Mantenimento. Le Ragioni Del Dissenso Dalla Recente Pronuncia Della S.C.*, in *IlForoItaliano.it*, 24 agosto 2020, ove si è sostenuto che, nell'ambito di una crisi familiare, il genitore tenuto al versamento dell'assegno di mantenimento potrebbe ritenere di sospenderlo in via automatica con il

raggiungimento della maggiore età da parte del figlio. Tuttavia, a questa tesi si può rispondere opponendo il dato normativo dell'art. 337 *septies* c.c., in quanto, rispetto a tale diritto, è in ogni caso indispensabile un provvedimento del giudice, non potendo una simile deliberazione discendere da un mero capriccio del genitore.

[67] Infatti, come si è avuto modo di rilevare *supra*, par. 2, è stato finalmente consolidato, nella giurisprudenza di legittimità, il convincimento che la maggiore età sia un concetto meramente anagrafico e che decisivo in questo settore sia in realtà la raggiunta maturità del figlio, in quanto gli consente di ponderare meglio le sue scelte in relazione al futuro percorso di vita.

[68] W. HUTTON, in *Per superare la crisi ripartiamo dai giovani*, in *Internazionale*, 2 maggio 2020, parla di «generazione della mega crisi», con riferimento ai giovani di età compresa tra i 20 e i 30 anni, i quali, in seguito alla pandemia globale di COVID-19, hanno finito per costituire il vero bersaglio sociale, lavorativo ed economico.

[69] Parafrasando il pensiero dello scrittore americano Frank A. Clark.

[70] Non è, questa, una novità in tale settore del diritto civile, poiché anche le profonde innovazioni apportate dalle precedenti riforme legislative hanno causato un notevole distacco dalla concezione tradizionale, legata a un costume che riflette i principi dell'etica cristiana, che ha ispirato il legislatore costituente nella disciplina della materia. “*Cambia la famiglia*”: questo si legge nella prefazione di F. MERCADANTE, *Verso la terra dei figli*, Milano, 1995, citato in A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 49° ed., Padova, 2019, 417.

[71] Quest'ultima, come si è visto *supra*, par. 4, è già adesso al centro di ulteriori evoluzioni (o involuzioni, a seconda del punto di vista proprio di chi legge) in seguito al perdurare della emergenza sanitaria da Covid-19, che favorisce l'emersione di una dimensione inedita del rapporto familiare.

[72] Esigenza già in precedenza manifestata in dottrina in D. ACHILLE, *Il mantenimento del figlio maggiorenne tra diritto positivo e prospettive di intervento legislativo*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, 660-669.

[73] Così come illustrata in R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1994), trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012.

DISUGUAGLIANZE, MISURE CONCILIATIVE E TUTELE NELLO SCENARIO EUROPEO SMART-EPIDEMICO

Lo scritto analizza il tema della cura e delle implicazioni che da essa derivano nel mercato del lavoro, con riferimento agli strumenti di conciliazione tra vita privata e vita professionale previsti dal diritto dell'Unione europea, con un breve cenno al diritto cinese. In tale direzione, si auspica il superamento del gender gap nella distribuzione del "tempo" tra il lavoro di cura e il lavoro retribuito, soprattutto con l'aumento dell'attività lavorativa in smart working e dello sviluppo del cd. diritto alla disconnessione .

autore **Veronica Caporrino**



Abstract ENG

Lo scritto analizza il tema della cura e delle implicazioni che da essa derivano nel mercato del lavoro, con riferimento agli strumenti di conciliazione tra vita privata e vita professionale previsti dal diritto dell'Unione europea, con un breve cenno al diritto cinese. In tale direzione, si auspica il superamento del gender gap nella distribuzione del "tempo" tra il lavoro di cura e il lavoro retribuito, soprattutto con l'aumento dell'attività lavorativa in smart working e dello sviluppo del cd. diritto alla disconnessione . The paper analyzes the issue of care and the implications that derive from it in the labor market, with reference to the instruments of reconciliation between private and professional life provided for by European Union law, with a brief mention of Chinese law. In this direction, it is hoped that the gender gap in the distribution of "time" between care work and paid work will be overcome, especially with the increase in smart working and the development of the right to disconnect.

Sommario: 1. L'etica dei diritti tra individualismo, giustizia e cura.– 2. L'esserci e la cura tra spazio pubblico e comunione di diversità.– 3. Le donne, il lavoro e la vita privata: una relazione da salvaguardare. – 4. La protezione dei diritti delle donne tra vulnerabilità e certezze giuridiche. – 5. Il principio della parità di trattamento nella normativa europea. – 6. Il principio di uguaglianza e i divieti discriminatori nel diritto degli Stati membri e nel diritto cinese. – 7. Gli strumenti di conciliazione tra vita professionale e vita privata. – 8. La conciliazione e i nuovi equilibri tra i generi: *gender gap* e prospettive di parità. – 9. La Direttiva dell'Unione europea tra partecipazione al mercato del lavoro ed equa ripartizione di responsabilità. – 10. I modelli di lavoro flessibile e gli effetti sulla corresponsabilizzazione familiare: un confronto tra le normative europee. – 11. L'equilibrio tra vita privata e vita professionale: incidenza delle misure conciliative sul sistema educativo dei figli. – 12. Considerazioni conclusive tra interferenze digitali e tutele disconnesse.

1. L'etica dei diritti tra individualismo, giustizia e cura

«Può il diritto, la regola giuridica, invadere i mondi vitali, impadronirsi della nuda vita, pretendere anzi che il mondo debba “evadere” dalla vita”?» [1] . Senza alcuna pretesa di proporre un argomento inesplorato, si tenta qui di ricomporre quella imperfezione congenita di tutto ciò che esiste, di tutto ciò che “è”, nella consapevolezza che l'imperfezione intesa come mutamento, caducità, rinnovamento deve essere superata per realizzare «un mondo [che] include i nostri corpi, noi stessi e il nostro ambiente, tutto ciò che cerchiamo di intrecciare in una rete complessa di sostegno della vita» [2] .

Nella costituzione dell'identità individuale e nel modo di vivere insieme lo spazio pubblico nasce una delle sfide più importanti che riguarda l'interpretazione di “cosa” sia l'individuo e la rilevanza delle relazioni intersoggettive e sociali.

Nel mondo non si radica soltanto la competizione; in esso spesso trova spazio anche la solidarietà. Infatti, tra gli estremi di collettivismo e dirigismo si collocano posizioni intermedie, tra le quali emerge quella della “giustizia sociale” [3] .

Alla constatazione e alla presa di coscienza del processo di crisi in atto, si è affiancata una insistente domanda etica proveniente dalla società. È necessario, dunque, rintracciare linee di un'etica che sia orientata alla effettiva costruzione di una «società di giustizia» [4] . Qui si coglie un possibile intreccio tra individualismo, giustizia e morale [5] , quest'ultima come guida nel comportamento dell'uomo [6] . «La scarnificazione e l'astrazione con cui gli esseri umani sono stati rappresentati in quanto agenti del contratto accomuna sia le moderne teorie sull'origine dell'obbligo politico, da Hobbes a Locke, sia le versioni più recenti del neocontrattualismo, in primo luogo quella formulata da John Rawls» [7] . Emerge l'esistenza dell'*homo oeconomicus*, egoista razionale, il quale effettuando delle scelte si serve della razionalità strumentale e al contempo è consapevole di individuare un “contatto” con i propri simili. Dunque, ricercando la realizzazione della giustizia sociale, si rende possibile una forma di convivenza con gli altri soggetti ed un riconoscimento di pari dignità, che segnala l'emergere di una ulteriore riflessione in merito alla dimensione inedita della libertà individuale la quale implica la necessità di correre dei rischi [8] .

La gestione, talvolta coraggiosa, talaltra prudente del rischio all'interno di un patto sociale mira a trasferire allo Stato il compito di produrre sicurezza mediante la «immunizzazione giuridica» [9] , per tentare di arginare la vulnerabilità individuale, che all'interno del patto medesimo, assume i contorni di fragilità, debolezza, mancanza.

Sulla scorta di tali premesse viene in rilievo il passaggio da un'“etica della cura” che osanna l'abnegazione femminile, ad una riflessione sul “lavoro di cura” come fondamento

del buon funzionamento sociale [10] . Le attività di *care* attengono alla sfera privata, alla sfera dell'amore, e rispondono ad una naturale vocazione femminile [11] , che negli ultimi anni ha ceduto il passo ad una nuova geometria familiare e lavorativa.

2. L'esserci e la cura tra spazio pubblico e comunione di diversità

L'etica della cura «[...] è una moralità dell'agente, più che dell'azione, centrata sull'attenzione alle relazioni e ai diversi contesti in cui gli individui interagiscono, più che su procedure razionali che astraggono dal contesto e dalle particolarità di ciascuno proprie invece delle morali universaliste» [12] . La cura è una movenza di attenzione verso l'altro che va al di là dal paradigma alternativo dell'etica della giustizia e dei diritti [13] . L'etica della cura rappresenta «una svolta particolaristica della filosofia morale»; si verifica la sostituzione della «pulsione verso la generalità» con l'attenzione alla «vita umana ordinaria nei suoi dettagli, spesso tutt'altro che straordinari» [14] .

Nell'esistenza umana intrisa di relazioni asimmetriche il lavoro di cura viene ad assumere uno statuto non soltanto etico ma anche politico. L'interesse per l'altro è la consapevolezza del comune interesse e della qualità relazionale della condizione umana. L'idea solipsistica della cura di sé deve essere ribaltata al fine di restituire alla cura (degli altri) un valore etico.

«Il concetto di cura può indicarci un fare comune, sottratto alla logica della sovranità incondizionata del capitale e rideclinato all'interno di un piano alternativo: la costruzione di un modo diverso di pensare e di vivere nel mondo, che parte dal bisogno insopprimibile dei legami sociali» [15] . È la dimensione affettiva ed emotiva veicolata da un sentimento di responsabilità di rispondere a bisogni umani.

È da questa prospettiva che si coglie l'esistenza del binomio libertà e politica, l'abitare un mondo comune nel quale gli individui appaiono e agiscono. La libertà necessita della relazione con gli altri, si accresce mediante il rapporto con gli altri che si costruisce nello spazio pubblico composto non da individui seriali ma da una comunione di diversità. Nella dimensione isolata della coscienza, la libertà non si può sperimentare nello spazio del dialogo solitario (tra me e me), in quanto non è lo spazio essenziale per la formazione della medesima, ma un percorso illusorio che sta "fuori" dal rapporto fra uomini e rappresenta l'arbitrio della "camera del cuore" [16] che non riguarda la libertà politica.

Da qui deriva il superamento dell'individualismo. L'interpretazione monistica e monologica della propria identità cede dinanzi alla concezione dell'autonomia, che non si definisce più in uno spazio disabitato, nell'isolamento dagli altri ma insieme a loro, in uno spazio pubblico di un liberalismo non più neutro ma ospitale [17] .

3. Le donne, il lavoro e la vita privata: una relazione da salvaguardare

«Riconoscere il valore della cura [ri]chiama [...] la struttura dei valori della nostra società. La cura è una preoccupazione centrale della vita umana» [18] . È «un'attività che include tutte le azioni che compiamo per mantenere, continuare e riparare il nostro 'mondo' in modo tale che si possa vivere nel miglior modo possibile» [19] .

Un 'mondo' nel quale è importante *Esserci* per gli altri [20] . L'essere dell'esserci è la cura che comprende l'effettività, l'esistenza e la dedizione» [21] .

Ecco che veleggia su di un orizzonte composito un modello di società democratica che ha come soggetto di riferimento un "sé relazionale", e non individui aprioristicamente e implicitamente definiti come adulti, eguali e indipendenti [22] .

Da ciò segue una cura degli interessi degli individui che, liberandosi dalle insidie del paternalismo, individua responsabilità sociali, nell'attuazione di quel senso di solidarietà che mira a realizzare l'uguaglianza sostanziale ma che a sua volta può rappresentare un banco di prova in termini di disuguaglianze in capo a chi pone in essere l'opera di cura.

Le considerazioni che qui meritano di essere richiamate sono quelle che riguardano la condizione della donna, sulla quale, al di là da ogni illusione trasformativa, incombe l'impegno di occuparsi della "cura" in misura maggiore rispetto agli uomini. L'ingresso nel mondo del lavoro comporta per le donne l'onere di reinventarsi il rapporto privato-familiare nel quale il loro ruolo risulta squilibrato rispetto a quello rivestito dalla figura maschile. Si tratta di un tema, quello del lavoro femminile, che da un punto di vista giuridico mira a porre attenzione sugli strumenti atti a garantire l'eguaglianza di trattamento per evitare discriminazioni, sulle modalità di disciplina del diritto al lavoro in un contesto di equità e sul riconoscimento dei diritti collegati alla maternità e agli obblighi familiari [23] .

La diffusione della cultura della parità di trattamento rinvia all'analisi del ruolo della donna-lavoratrice che si inserisce nell'ambito di una azione politica e sociale che, in Europa, trova la sua attuazione nell'attività legislativa del Parlamento volta all'affermazione della "*gender equality*", e in ambito internazionale, nella lotta alla discriminazione fondata sulla distinzione di sesso.

L'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali sancisce la parità tra uomini e donne che «deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione», giustificando l'esistenza di misure che prevedono «vantaggi specifici al sesso sottorappresentato». Si coglie qui un intreccio tra valori che riproducono contraddizioni e pregiudizi, di cui si dirà in seguito, i quali ancora allignano nelle società occidentali, sulla

vita familiare e professionale delle donne [24] .

Emerge con nettezza l'esigenza di predisporre un progetto giuridico di tutela che non ha come fine il rendere più vantaggiosa la posizione della donna ma di confinare la medesima in forme e aree dove la sua presenza, oscillando tra vita familiare e vita professionale, possa restare sempre in "equilibrio".

In tale direzione, si richiama da ultimo la Risoluzione del Parlamento europeo sulle priorità dell'UE del 6 febbraio 2020, in vista della 64^a sessione della Commissione delle Nazioni Unite sulla condizione femminile che ha come obiettivo dichiarato l'intensificazione degli sforzi per colmare il divario di genere in termini di retribuzioni e pensioni, applicare il principio della parità retributiva, aumentare la trasparenza retributiva e contrastare la segregazione verticale e orizzontale sul lavoro. Per monitorare l'impatto della normazione sulla realtà è stato istituito il *Gender Equality Index* sviluppato dall'*European Institute for Gender Equality* (EIGE) che, oltre al dato tecnico, offre indicazioni in merito a come sviluppare e indirizzare le politiche delle Pari Opportunità europee.

4. La protezione dei diritti delle donne tra vulnerabilità e certezze giuridiche

Il giudizio sull'effettività di attuazione dei principi in merito alla tutela delle donne deve essere condotto, facendo riferimento all'ordinamento nazionale, mediante un'analisi storico- costituzionale che riesca a superare i pregiudizi circa la diversità della donna e sia in grado di approntare una tutela "riequilibratrice" della loro posizione contrattuale.

L'art. 37 Cost. sancisce che «La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione».

Si auspicava da parte dei primi commentatori, nell'arretratezza del periodo storico, una esigenza di protezione speciale per le donne «dettata da motivazioni afferenti la persona umana ed interessi che travalicano il mero rapporto di scambio insito nel contratto, in quanto particolarmente rilevante è il fine di tutela della salute psico-fisica e dell'adempimento dell'essenziale funzione familiare» [25] .

Quale principio risulta prevalente nel precetto costituzionale? Una corretta interpretazione del medesimo ci consente di affermare che chi individua prevalente, nel precetto citato, il principio della parità tra uomo e donna rischia di sottovalutare il limite costituito dai due incisi riferiti all'esigenza di tutela specifica per consentire l'adempimento della funzione familiare e di garantire protezione alla madre e al bambino [26] .

Nell'analisi dell'evoluzione del sistema normativo in materia di tutela di parità di trattamento tra uomo e donna, consapevoli di non poter richiamare la pluralità di leggi approvate in settant'anni, si tenta, senza nessuna pretesa di esaustività, di tracciare lo sviluppo degli strumenti di tutela adottati.

Una prima fase può essere individuata con l'approvazione, fra gli anni '50 e '70, di una serie di leggi (l. n. 860/1950; l. n. 7/1963; l. n. 1204/1971; l. n. 903/77) che hanno contribuito ad eliminare quello stato di sottosviluppo che fino agli anni '70 aveva caratterizzato lo *status* della donna lavoratrice, per approdare ad una teoria della vulnerabilità universale come base per una rivisitazione del principio di uguaglianza e dell'agire istituzionale, al fine di individuare la risposta che le istituzioni statali dovrebbero predisporre per prendere in carico la vulnerabilità dei cittadini, intesa sia come dato ontologico sia come dato socialmente costruito [27].

La seconda tappa dell'evoluzione normativa si verifica negli anni '90. La legge n. 125 del 1991 *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro* [28], così come ha affermato la Corte costituzionale [29], pone in essere «interventi di carattere positivo diretti a colmare o, comunque, ad attenuare un evidente squilibrio a sfavore delle donne, che a causa di discriminazioni accumulate nel corso della storia passata per il dominio di determinati comportamenti sociali e modelli culturali, ha portato a favorire le persone di sesso maschile nell'occupazione delle posizioni di imprenditore o di dirigente d'azienda». Tali interventi hanno consentito l'eliminazione delle disparità di fatto derivanti dalla formazione scolastica e professionale, la diversificazione delle scelte professionali con l'accesso al lavoro autonomo, e infine l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali.

La terza tappa, grazie anche all'impulso normativo e giurisprudenziale degli organi europei, è stata significativa. Non è possibile, alla luce di queste brevi considerazioni, che evocano scenari più vasti, disgiungere nella materia oggetto di studio il diritto interno da quello europeo; risulta, infatti, difficile distinguere l'attività legislativa autonoma [30] degli organi nazionali da quella degli organi europei, di cui si dirà nel paragrafo successivo.

5. Il principio della parità di trattamento nella normativa europea

Il diritto primario europeo, a partire dal Trattato istitutivo della Comunità economica europea, all'art. 119 sanciva il principio di parità di trattamento tra uomini e donne, seppur circoscritto all'aspetto retributivo, in rispondenza alla finalità funzionalista perseguita dalla Comunità medesima. Successivamente esso si è dedicato alla cura dei rapporti sociali e, più in generale, alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana [31], che ha condotto,

nella materia che qui ci occupa, ad un approccio evolutivo di tutela. Il Trattato di Amsterdam ha introdotto il principio del c.d. *gender mainstreaming* [32], sostenendo che la parità tra i sessi è un obiettivo di natura trasversale, applicabile a tutte le politiche comunitarie (art. 3, par. 2 Trattato Comunità Europea - TCE) ed inserendolo tra le missioni della Comunità europea (art. 2 TCE). Inoltre, ha previsto la base giuridica per l'adozione, da parte delle istituzioni europee, di provvedimenti di tutela al fine di eliminare le discriminazioni fondate sul sesso, e di misure d'incentivazione destinate a sostenere le azioni degli Stati membri per la realizzazione degli obiettivi di lotta alla discriminazione (art. 19 TCE). La norma sulla parità di retribuzione è stata poi integrata con la previsione di azioni positive volte a garantire un'eguaglianza reale (art. 141 TCE).

Con l'affermazione del principio del *gender mainstreaming*, per la prima volta, è stata riconosciuta l'importanza di considerare anche le condizioni di vita degli uomini al fine di perseguire un'uguaglianza completa [33]. Se si aderisce a tale impostazione, si rileva che, da un lato, l'adozione del *gender mainstreaming* ha determinato una minore attenzione e legittimazione delle azioni positive a sostegno delle donne [34], dall'altro, ha consentito di volgere l'attenzione all'interconnessione tra le condizioni di vita di uomini e donne al fine di perseguire l'uguaglianza di genere. Il principio di parità, seguendo l'interpretazione della Corte di giustizia [35], presenta due componenti: una negativa che consiste nel divieto di qualsiasi discriminazione (diretta [36] e indiretta) basata sul sesso e l'altra positiva, riguardante le azioni concrete dirette a promuovere l'uguaglianza.

Ripercorrendo i passaggi evolutivi fondamentali si segnala la riforma contenuta nel Trattato di Lisbona, che oltre ad aver attribuito alla Carta dei diritti fondamentali valore giuridico vincolante (in materia si veda il già citato art. 23), ha qualificato la parità tra donne e uomini come uno dei cinque valori su cui si fonda l'Unione europea (art. 2 Trattato sull'Unione europea - TUE), e che la medesima promuove nelle sue azioni (art. 3 TUE e art. 8 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - TFUE). Nello specifico si fa riferimento all'art. 157 TFUE, il quale statuisce che «1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. [...] 4. Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali».

Oltre alle disposizioni di diritto primario, si richiama anche una copiosa normativa di diritto derivato [37] contro la discriminazione sulla base del sesso, che promuove la parità tra donne e uomini e ha ad oggetto l'accesso al lavoro, la retribuzione, la protezione della maternità, la conciliazione tra vita professionale e vita privata, la sicurezza sociale e i

regimi professionali di sicurezza sociale. In relazione a questo ultimo aspetto, si segnala la Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento e del Consiglio [38] , che si analizzerà in seguito, la quale adegua e amplia il quadro giuridico europeo in merito alla responsabilità dell'attività di *care* dei genitori offrendo nuovi strumenti che ben conciliano gli impegni di lavoro e quelli della vita privata.

6. Il principio di uguaglianza e i divieti discriminatori nel diritto degli Stati membri e nel diritto cinese

Appare qui interessante analizzare in chiave comparatistica il rapporto tra principio di uguaglianza e divieti di discriminazione, al fine di verificare il grado di tutela delle donne nel mondo del lavoro nello scenario giuridico europeo e internazionale.

L'ordinamento giuridico spagnolo in materia di parità di trattamento tra uomini e donne riflette il rapporto osmotico tra le spinte normative europee e le spinte sociali interne. Nello specifico, la legge n. 39 del 5 novembre 1999 promuove la conciliazione vita familiare e lavorativa. Le ipotesi di flessibilità e l'organizzazione dei tempi di lavoro nelle comunità autonome sono state introdotte mediante itinerari diversi. In alcuni casi la contrattazione collettiva prevede meccanismi equilibrati di riduzione dell'orario di lavoro e un aumento significativo della flessibilità. La legge *per la parità effettiva tra donne e uomini*, approvata il 22 marzo 2007 [39] , non solo traspone nell'ordinamento spagnolo il bagaglio normativo europeo, ma esprime, altresì, le rivendicazioni interne portate avanti da alcuni sindacati (UGT – Unión General de los Trabajadores e CC.OO – Comisiones Obreras). La legge, nell'elencare i meccanismi giuridici volti a limitare gli effetti perversi della discriminazione, ha introdotto garanzie di carattere procedurale volte a rafforzare la protezione giudiziale del diritto di parità. Tra gli strumenti approntati si menzionano le azioni positive, le quali comprendono: a) misure per migliorare la formazione e la qualificazione professionale delle donne; b) misure volte a consentire alle donne di conciliare la loro funzione professionale con quella materna; c) misure positive finalizzate a ridurre la sottorappresentazione della donna nella vita professionale e sociale.

In Francia, dopo la legge del 1950, è stata emanata la loi n. 72-1143 del 22 dicembre 1972, che ha inserito nel Codice del lavoro l'art. L 140-2, secondo il quale tutti i datori di lavoro devono assicurare l'eguaglianza di remunerazione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o un lavoro di valore uguale. Successivamente è stata emanata la loi n. 2006-340 del 23 marzo 2006 *relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*. Tra le forme di flessibilità lavorativa presente in Francia (e Regno Unito), si segnala il cd. *job sharing*, una modalità di lavoro a tempo parziale gestito autonomamente da una coppia di lavoratori che suddividono tra loro il monte orario complessivo, organizzando e ripartendo turni ordinari e straordinari. La prima legge che ha disciplinato i vincoli familiari dei lavoratori è stata la

Loi Aubry II, Loi n. 2000-37 du 19 janvier 2000 *relative à la réduction négociée du temps de travail*. Nel 2013, è stato stipulato un accordo nazionale interprofessionale, *ANI sur la qualité de vie au travail du 19 juin 2013*, avente ad oggetto il tema della qualità della vita lavorativa. Esso disciplina la conciliazione tra vita lavorativa e vita privata. Le parti sociali, per perseguire tale obiettivo, hanno individuato una serie di strumenti, così sintetizzabili: articolazione flessibile dei tempi di lavoro e riduzione degli svantaggi derivanti da un lavoro a tempo parziale. Anche il Codice del lavoro disciplina tali aspetti. L'art. L2141-5 è dedicato alla conciliazione tra vita lavorativa, personale e sindacale; gli artt. L2242-8 e L2242-18 stabiliscono che il tema della conciliazione possa essere oggetto di negoziazioni annuali obbligatorie. Gli artt. L3121-46, L3122-29-1 e L3132-25-3 disciplinano la durata del lavoro. L'art. L3121-46 statuisce che per i lavoratori interessati dal regime del cosiddetto *forfait-jours* la "conciliazione" può essere oggetto di colloqui professionali annuali. Ancora, gli artt. L3122-29-1 e L3132-25-3 riguardano il lavoro notturno e domenicale; essi stabiliscono che il datore di lavoro può proporre misure volte a facilitare la conciliazione. Infine, l'art. L4631-2 concerne tutti quei servizi di natura sociale che hanno come obiettivo quello di «facilitare per i lavoratori l'esercizio dei diritti a loro conferiti dalla legislazione sociale con riferimento alla loro sfera di vita personale». [40]

Nel volgere lo sguardo verso Oriente, si analizza la tutela delle donne lavoratrici in Cina. Con riferimento ad ogni comportamento datoriale posto in essere sul posto di lavoro, si richiama l'art. 48 Cost., laddove si afferma che le donne godono degli stessi diritti degli uomini sotto il profilo politico, economico, culturale e sociale, compresa la vita familiare, prevedendo altresì i compiti dello Stato di proteggere i diritti e gli interessi delle donne oltre che di rendere effettivo il principio di parità di retribuzione a parità di mansioni. Il principio costituzionale è stato recepito – oltre che nell'art. 13 della *Labor Law*, anche nella *Law on the Protection of Women's Rights and Interests*, entrata in vigore il 3 aprile 1992 e da ultimo modificato nel 2005, espressamente finalizzato a «*promote the equality between men and women and allow full play to women's role in socialist modernization*» (art. 1) e ad assicurare che la donna lavoratrice «*shall enjoy[s] equal rights with men in all aspects of political, economic, cultural, social and family life*» e, ancora a scongiurare «*all discrimination against women*» (art. 2). L'art. 23 della medesima legge statuisce il divieto di prevedere, nelle condizioni di assunzione, clausole recanti qualsiasi restrizione, in capo alla lavoratrice, di sposarsi o di fare figli, nonché il principio secondo il quale il genere del candidato alla posizione lavorativa non può costituire la base della decisione datoriale di non assumere una donna, con l'unica eccezione rappresentata dalle mansioni aventi ad oggetto attività pesanti non adatte ad essere svolte dalle donne.

Le norme richiamate nel loro diverso atteggiarsi tra garanzie costituzionali, italiane e cinesi, tutele approntate dal diritto europeo, azioni positive presenti nell'ordinamento spagnolo, strumenti di tutela eteronomi previsti nell'ordinamento francese, esprimono la comune volontà di tutelare la donna lavoratrice. Nel seguire l'indagine comparatistica, si prosegue

nell'elencazione di differenze riscontrabili tra i vari ordinamenti giuridici studiati, che consentono al giurista di individuare l'ordinamento più attento al raggiungimento di un equilibrio stabile tra le “*dual life*”. Sembrerebbe che, al di là dei confini occidentali, la tutela che mantiene saldo il suddetto equilibrio sia ancorata a piloni costituzionali (art. 48 Costituzione cinese) che attribuiscono allo Stato il compito di scongiurare qualsiasi trattamento disuguale, non mancando forme di autonomia collettiva che tutelano l'armonia della vita personale e professionale.

7. Gli strumenti di conciliazione tra vita professionale e vita privata

La ridefinizione dei confini fra tempi di lavoro e vita privata è oggi uno degli obiettivi più importanti da realizzare nella società contemporanea in continuo mutamento. La naturale abnegazione della donna alla sua “essenziale funzione familiare”, la diminuzione del lavoro in termini occupazionali, l'aumento dei contratti part-time e della precarietà ha ridisegnato il rapporto tra vita professionale e vita privata, che va alla ricerca di un nuovo equilibrio.

La disciplina europea in materia di conciliazione tra vita privata e vita professionale segue un tracciato evolutivo abbastanza significativo [41] . L'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali statuisce che «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare» e in tale direzione «Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni persona ha il diritto di essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio» (art. 33 Carta dei diritti fondamentali). In un'ottica di interpretazione sistematica della normativa in questione, si segnala la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2016 sulla *creazione di condizioni del mercato del lavoro favorevoli all'equilibrio tra vita privata e vita professionale*, nella quale il Parlamento europeo invita la Commissione e gli Stati membri ad attuare politiche “positive” per sostenere il rilancio demografico, preservare i sistemi di sicurezza sociale e promuovere il benessere e lo sviluppo delle persone e della società nel suo insieme. La conciliazione tra vita professionale, privata e familiare, seguendo lo spirito ispiratore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere garantita quale “diritto fondamentale di tutti”, attuando misure disponibili a ogni individuo, non soltanto alle giovani madri, ai padri o a chi fornisce assistenza. È necessaria la definizione di un quadro giuridico volto ad assicurare che tale diritto sia considerato un obiettivo fondamentale dei sistemi sociali degli Stati membri; questi ultimi, insieme all'Unione, devono promuovere, sia nel settore pubblico sia in quello privato, modelli di *welfare* aziendale che rispettino il diritto all'equilibrio tra vita professionale e vita privata. Si tratta di un diritto che deve essere integrato in tutte le iniziative dell'Unione europea, affinché si possa avere un impatto diretto o indiretto sul tema.

Il quadro normativo nazionale in materia di equilibrio vita professionale e vita familiare si rinviene nel d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, *Testo unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*, il quale ha riordinato la normativa previgente e al contempo ha eliminato le discrasie e le sovrapposizioni esistenti. La lavoratrice ha il diritto ad un congedo di maternità per due mesi antecedenti la data del presunto parto (congedo ante partum) e per tre mesi successivi alla data effettiva del parto (congedo *post partum*). Si parla in tal caso di congedo obbligatorio, in quanto irrinunciabile; la normativa prevede anche la fruizione di un trattamento economico durante il periodo di congedo [42] .

Il legislatore, nella consapevolezza che le fattispecie concrete potrebbero richiedere meccanismi di tutela diversi da quelli disciplinati dall'art. 16 del d.lgs. n. 151/2001, modificato da ultimo dalla l. n. 145 del 30 dicembre 2018, ha previsto degli strumenti atti ad attenuare la rigidità del congedo di maternità e le diverse condizioni oggettive e soggettive proprie di ciascun caso. Nello specifico, la l. n. 145 del 30 dicembre 2018, (c.d. legge di bilancio) ha stabilito che le lavoratrici potranno lavorare fino al termine della gravidanza, rinviando la fruizione dell'intero periodo di congedo obbligatorio dopo il parto, prevedendo l'inserimento del comma 1.1 all'interno dell'art. 16 del d.lgs. n. 151/2001, il quale statuisce che «in alternativa a quanto disposto dal comma 1, è riconosciuta alle lavoratrici la facoltà di astenersi dal lavoro esclusivamente dopo l'evento del parto entro i cinque mesi successivi allo stesso, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro». L'art. 20 del decreto in epigrafe disciplina come ulteriore strumento di tutela in termini di equilibrio tra vita professionale e vita privata il cd. il congedo di maternità flessibile in virtù del quale la lavoratrice, ferma restando la durata complessiva del congedo di maternità, può chiedere di astenersi dal lavoro un mese prima della data presunta del parto e nei quattro mesi successivi al parto.

L'art. 2, lett. b, d.lgs. n. 151/2001, riconosce anche al padre lavoratore il diritto di astensione dal lavoro, fruito in alternativa al congedo di maternità. Il padre ha diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre (art. 28, d.lgs. n. 151/2001). Da una interpretazione letterale dell'art. 28 pare si possa escludere il diritto del padre al congedo nel caso nel quale la madre non sia o non sia stata lavoratrice. Al riguardo, la Corte costituzionale [43] ha affermato che la *ratio* dell'astensione obbligatoria *post partum*, nei tre mesi successivi alla nascita, risponde all'esigenza di garantire l'assistenza affettiva e materiale al neonato, assistenza che sarebbe negata al bambino nel caso in cui il diritto di congedo paterno fosse subordinato allo *status* di lavoratore della madre.

Gli strumenti legislativi “equilibratori” si scontrano con una realtà che, sfacettandosi, ci offre l’immagine di una famiglia liquida [44] ; dalla famiglia mono-genitoriale, alla famiglia di fatto, alle varie forme di famiglia che il legislatore nel corso del tempo riconoscerà. Tale trasformazione implica la necessità di offrire tutela alla donna lavoratrice nella molteplicità delle forme legate alla vita familiare. Il riconoscimento dei congedi parentali in un’ottica di parità della genitorialità, deve contribuire ad attenuare, se non a superare l’impasse rinvenibile nella difficoltà o, addirittura, nell’impedimento per la donna di poter scegliere “anche” una funzione sociale e pubblica del suo ruolo [45] .

8. La conciliazione e i nuovi equilibri tra i generi: *gender gap* e prospettive di parità

La riflessione etico-antropologica sul binomio famiglia-lavoro richiama due sfere dell’iniziativa umana in cui la libertà, la libera iniziativa, la possibilità di scelta costituiscono una regola ineliminabile. Oggetto della riflessione è la conciliazione [46] tra vita lavorativa e vita privata, intesa come vita di relazioni familiari e di adempimento dei compiti di cura, che si inserisce nel concetto di pari dignità sociale di cui all’art. 3 Cost. e che denota la dinamica relazionale persona/famiglia. Il contemperamento delle esigenze del lavoro con quelle della vita personale si rivela essere un tema piuttosto vasto e articolato alla luce della sua interconnessione con i principi di eguaglianza, di pari opportunità e di non discriminazione, sia nel settore produttivo sia in quello familiare [47] . Si impone, così, una riflessione sulla tradizionale divisione dei compiti di *family care* fra donne ed uomini [48] atta a mettere in luce eventuali incoerenze e discontinuità al fine di smascherare l’ideologia che pervade il sistema e che spesso si cela dietro la costruzione di opposizioni fra concetti e categorie, privato/pubblico, famiglia/mercato, vita professionale/vita privata, le quali, nel rappresentare in forma dicotomica le relazioni fra diverse sfaccettature della realtà, potrebbero riflettere stereotipi culturali di genere [49] .

Il tema in esame, sotto le forti spinte provenienti dal diritto dell’Unione europea, ha stimolato i Paesi membri ad adottare gli strumenti necessari per «irrobustire le [...] politiche pubbliche di armonizzazione tra tempi di vita e tempi di lavoro» [50] . Nonostante nel diritto europeo il concetto di conciliazione assuma «contorni fluttuanti» [51] , è evidente l’esigenza di coniugare obiettivi di natura economica con istanze di eguaglianza di genere nel mondo del lavoro. L’aumento della base occupazionale, partendo dalla componente femminile e la riduzione del divario occupazionale di genere, porta con sé la circostanza di rendere «compatibile la scelta della genitorialità, in particolare della maternità, con la possibilità di entrare e rimanere nel mercato del lavoro» [52] . L’ingresso delle donne nel mercato del lavoro, riducendo in parte il *gender gap*, rappresenta il fattore di cambiamento del modello di famiglia, in quanto modificando gli equilibri al suo interno ha reso necessario un mutamento di prospettiva nell’impostazione delle politiche sociali e del

lavoro.

Tralasciando l'evoluzione normativa che ha condotto ad una "conciliazione condivisa", vale a dire ispirata a una più equa distribuzione degli impegni di cura tra i genitori all'interno della famiglia, si denota la condivisione della cura come «strumento di conciliazione» [53] . Questa ultima considerazione decostruisce i ruoli tradizionali di genere in nome di una nuova tipologia di «*gender arrangement*» [54]   all'interno della coppia e che si materializza nel modello familiare del *dual earner-dual carer* (famiglia a doppio reddito e doppia cura). Esso sostituisce il modello tradizionale del *male breadwinner* (uomo come unico percettore di reddito che provvede al sostentamento della famiglia), in cui era la divisione sessuata tra lavoro di cura familiare e lavoro retribuito a rappresentare lo strumento di conciliazione più naturale, rappresentando l'evoluzione del modello meno tradizionale del *dual earner family* (coppia a doppio reddito) [55] . La risposta sociale ai cambiamenti in atto ha reso più atipico e differenziato il modello di lavoro, i suoi tempi e la sua organizzazione, in un'ottica di flessibilità, al fine di salvaguardare la relazione tra vita professionale e vita familiare. Il concetto stesso di flessibilità rischia di tradursi in precarietà, ovvero mancanza di garanzie, di tutela e di sicurezza. Tutto ciò richiede la messa a punto di strumenti e modelli, nazionali ed europei, atti a gestire l'eterogeneità e la destandardizzazione del mercato del lavoro, mediante la rimodulazione delle regole contrattuali ed organizzative [56] .

9. La Direttiva dell'Unione europea tra partecipazione al mercato del lavoro ed equa ripartizione di responsabilità

Il tema della conciliazione tra vita professionale e vita familiare assume una importanza fondamentale nel dibattito non soltanto nazionale ma anche europeo. In tale direzione si richiama da ultimo la Direttiva n. 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza [57] . Tale obiettivo si persegue mediante la promozione delle donne al mercato del lavoro e l'equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne, colmando il divario di reddito e retributivo di genere (Considerando 6). L'equilibrio tra attività professionale e vita familiare resta una sfida importante per molti genitori e lavoratori con responsabilità di assistenza, vista la crescente prevalenza di orari di lavoro prolungati e di orari di lavoro che mutano, e che producono impatti negativi sull'occupazione femminile. Infatti, uno dei principali fattori che contribuiscono alla sottorappresentanza delle donne nel mercato del lavoro si rinviene nella difficoltà di riuscire a realizzare quel bilanciamento tra vita professione e vita familiare che richiede la ri-definizione dei ruoli e dei compiti genitoriali, e che potrebbe creare situazioni rischiose per le relazioni familiari. L'attuale quadro giuridico dell'Unione europea prevede incentivi

limitati volti a far sì che gli uomini condividano equamente le responsabilità di assistenza. La mancanza di congedi di paternità e parentali retribuiti in molti Stati membri contribuisce al loro limitato utilizzo da parte dei padri. Lo squilibrio nella concezione delle politiche a favore dell'equilibrio tra attività professionale e vita familiare tra donne e uomini rafforza gli stereotipi e le differenze di genere nell'ambito del lavoro e dell'assistenza, ed è per tale ragione che le politiche in materia di parità di trattamento dovrebbero affrontare la questione degli stereotipi relativi alle professioni e ai ruoli svolti dagli uomini e dalle donne (Considerando 11). Le istituzioni europee, al fine di incoraggiare una più equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne, e per consentire un'instaurazione precoce del legame tra padre e figlio, riconoscono agli Stati la facoltà di introdurre un diritto al congedo di paternità per i padri o, laddove e nella misura in cui riconosciuto dal diritto nazionale, per un secondo genitore equivalente. La Direttiva, nella consapevolezza che la maggior parte dei padri non si avvale del diritto al congedo parentale o trasferisce una parte considerevole di tale diritto alle madri, estende da uno a due mesi il periodo minimo di congedo parentale non trasferibile da un genitore all'altro al fine di incoraggiare i padri a fruire del congedo medesimo, pur mantenendo il diritto di ciascun genitore ad almeno quattro mesi di congedo parentale. Incentiva l'adozione di modalità di lavoro flessibile formalizzando la necessità, per il datore di lavoro, di motivare l'eventuale rifiuto alla concessione; inoltre è concesso al lavoratore l'assenza dal lavoro «per cause di forza maggiore derivanti da ragioni familiari ingenti in caso di malattie o infortuni» (art. 7).

Seppur nelle diverse e ad oggi incerte (il recepimento deve avvenire entro il 2 agosto 2022) configurazioni che assumeranno le discipline dei vari Stati membri va detto che l'obiettivo fondamentale da perseguire è quello del contemperamento fra interessi contrapposti: da un lato quello del datore di lavoro, all'utilizzazione massima proficua del lavoro, e dall'altro quello del lavoratore alla realizzazione delle esigenze della sua vita professionale e familiare, imponendo un «sacrificio ragionevole» dell'interesse del datore di lavoro, e consentendo al lavoratore di «“liberare” dal lavoro tempo ed energie da dedicare alle cure familiari» [58].

La Direttiva in epigrafe, come accennato, dovrà essere recepita entro il 2 agosto 2022. Ad oggi nessuno Stato membro l'ha recepita. Si segnala, in tale direzione, che in Italia è stata presentata una Proposta di legge il 7 ottobre 2019 [59], il cui l'art. 1 statuisce che, in ottemperanza alle disposizioni della Direttiva (UE) 2019/ 1158, si intende superare la fase di incertezza normativa dettata dal carattere sperimentale della normativa europea e rendere definitiva la fruibilità del congedo di paternità obbligatorio, portandone la durata al limite di dieci giorni previsto dalla normativa europea. Seppur i tempi non siano ancora così ristretti, ad oggi, il mancato recepimento della Direttiva, anche alla luce degli accadimenti legati all'emergenza Covi-19 e ai risvolti problematici che le “nuove” modalità di lavoro generano, potrebbe vanificare gli obiettivi individuati dalla normativa europea. Si tratta, infatti, di obiettivi che riguardano un settore, il mercato del lavoro, che sta cambiando;

pertanto, si corre il rischio che i legislatori nazionali non riescano a seguire la linea evolutiva seguita dal legislatore europeo.

10. I modelli di lavoro flessibile e gli effetti sulla corresponsabilizzazione familiare: un confronto tra le normative europee

Tra le misure ispirate alla logica della conciliazione condivisa, rientra il congedo di paternità, che riporta all'attenzione il tema del rapporto tra paternità e lavoro e, dunque, del coinvolgimento paterno nella cura dei figli. Il ricorso ai congedi parentali da parte dei padri lavoratori è estremamente contenuto sia in Italia sia in Europa (circa il 10% dei padri) [60]. Tale limitata applicazione è legata al perdurare di ragioni culturali, all'esistenza di modelli familiari prevalenti, alla ridotta retribuzione a cui ha diritto il genitore durante il congedo. In quest'ultimo caso si ha una totale parificazione tra uomini e donne, soprattutto per quanto riguarda il lavoro subordinato, mentre per il lavoro autonomo sussistono ancora delle differenze, che comportano un'attenta analisi sotto il profilo della loro costituzionalità [61]. Il carattere sussidiario e non alternativo di questa forma di congedo rispetto a quello di maternità, poichè connesso all'impossibilità o alla scelta della madre di non avvalersene (morte o grave infermità della madre, abbandono ovvero affidamento esclusivo del bambino al padre), pare rifletta la sussidiarietà del ruolo genitoriale del padre rispetto alla madre [62].

La giurisprudenza di merito [63] ha tentato, timidamente, di rendere tale congedo «indipendente dalla posizione giuridica della madre», rafforzando «il parametro dell'autonomia nella scelta dei genitori».

Sotto il profilo della flessibilità temporale, il legislatore con il d.lgs. n. 81/2015 [64], inserisce una disposizione che riconosce alla mamma e al papà il diritto di richiedere, per una sola volta, in alternativa al congedo parentale (o entro i limiti del congedo ancora spettante), la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, purché con una riduzione di orario non superiore al 50%. Oltre alle ipotesi di flessibilità temporale esistono ipotesi di flessibilità spaziale quali il telelavoro disciplinato dall'art. 23 d.lgs. n. 80/2015, che va al di là dalle esigenze connesse alla cura dei figli. Combina, invece, esigenze di flessibilità spaziale e temporale il cd. *smart working* o lavoro agile, che il legislatore intende promuovere «quale modalità flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato» funzionale ad agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, oltre che a incrementare la produttività del lavoro stesso [65].

La situazione europea in materia presenta uno scenario variegato, soprattutto in riferimento allo stato di emergenza legato all'epidemia. Per quanto riguarda la Svezia si segnala che i periodi di congedo parentale sono stati raddoppiati: un lavoratore dipendente ha diritto ad

un congedo di venti giorni all'anno, elevato a trenta in caso di quattro o più figli. I genitori *single* hanno diritto a quaranta giorni di congedo, elevati a sessanta in caso di quattro o più figli. I liberi professionisti hanno diritto allo stesso congedo, con l'unico aggravio di tre giorni di attesa dalla richiesta. Il telelavoro è incoraggiato come opzione prioritaria rispetto ai congedi e al lavoro in presenza. La situazione nei vari Paesi membri, come accennato, presenta delle differenze.

Per quanto riguarda la Francia, l'art. 16 della Costituzione prevede la possibilità di attribuire poteri speciali al governo al verificarsi di alcune circostanze, tra le quali non rientra l'emergenza sanitaria da Covid-19. Tuttavia, in data 23 marzo 2020 è stato dichiarato lo stato di emergenza (*état d'urgence*), a norma della Loi n. 55-385 del 3 aprile 1955, ricorrendo una circostanza che, per la sua natura e gravità, presenta «il carattere di calamità pubblica». Per tale motivo sono state previste, per i lavoratori genitori, misure di sostegno al reddito familiare, che saranno maggiorate in presenza di bambini nel nucleo familiare. Inoltre, i lavoratori-genitori con figli fino a sedici anni possono sospendere il rapporto di lavoro per la cura dei figli, accedendo a misure di sostegno al reddito.

La medesima via è stata seguita dalla Spagna. Infatti, con il RD n. 463/2020, il Governo ha fatto ricorso all'istituto emergenziale dello "*estado de alarma*" previsto dall'art. 116 della Costituzione e disciplinato dalla Ley Organica n. 4/1981, che attribuisce poteri speciali al Governo nei casi di emergenza. La legge prevede espressamente l'ipotesi di «crisi sanitarie, come le epidemie e gravi situazioni di contaminazione». Dunque, le misure adottate dal Governo nazionale seguono un *iter* lineare e di indubbia legittimità costituzionale. Per quanto concerne le misure organizzative del lavoro si segnala che in Spagna i lavoratori-genitori hanno diritto alla rimodulazione del proprio orario di lavoro, al fine di prendersi cura dei propri figli e dei familiari non autosufficienti. Secondo il RDL n. 8/2020, la riduzione potrà riguardare fino al 100% dell'orario di lavoro, in presenza di figli fino a undici anni e familiari non autosufficienti che non svolgono un'attività retribuita. La *Resoluciones* n. 10 del 12 marzo 2020, stabilisce che per i dipendenti pubblici che restano a casa per prendersi cura di familiari non autosufficienti, è garantito il 100% della retribuzione.

Nel Regno Unito le linee guida governative del 7 aprile 2020 prevedono il diritto di assentarsi dal lavoro per una situazione imprevista o per una emergenza, nell'ambito della quale la pandemia pare sia inclusa. Tale diritto potrebbe essere esercitato per prendersi cura dei figli.

Alla luce di tali considerazioni sembra poter affermare che i modelli di lavoro presenti in Europa rappresentano uno strumento incoraggiante e idoneo a generare effetti positivi nel rapporto di relazione madre e padre, a contribuire a rafforzare il rapporto del padre con i figli (congedo di paternità), e a produrre effetti positivi sulla corresponsabilizzazione

familiare [66] , seppur nelle differenze che si evidenziano e che ci conducono ad affermare che alcuni di essi risultano più “virtuosi” di altri.

11.L’equilibrio tra vita privata e vita professionale: incidenza delle misure conciliative sul sistema educativo dei figli

L’attuale contesto sociale, contrassegnato da rapidi mutamenti, pare metta in discussione la struttura, le funzioni, il significato stesso della vita di coppia e il relativo rapporto genitoriale. L’approccio evolutivo allo studio delle relazioni familiari descrive il ciclo di vita familiare (*Family life cycle*) [67] come contraddistinto da compiti di sviluppo che consistono in «asperità da appianare, questioni da dirimere, situazioni da cui uscire, in un momento particolare del processo evolutivo, rivolto al sollecito raggiungimento di ulteriori traguardi» [68] . In tale contesto sia la maternità, sia la paternità hanno subito una forte trasformazione, con tutte le implicazioni che ne sono derivate. In particolare, riguardo alla vita familiare l’appartenenza di genere e i cambiamenti dei ruoli genitoriali rappresentano la cifra dei mutamenti in atto nei rapporti di coppia. Tali cambiamenti producono, da un lato una maggiore condivisione delle attività, delle decisioni, delle scelte di coppia, delle responsabilità educative e dei compiti di cura e, dall’altro nuove forme di reciprocità, ma anche un aumento della conflittualità nella definizione dei ruoli, delle aspettative di ciascuno, e nella definizione della funzione affettiva delle due figure genitoriali nell’educazione dei figli. Nella dualità vita professionale vita familiare, la madre svolge funzioni di accoglienza e protezione, si preoccupa di custodire i figli dentro la dimora domestica; questo vale, o dovrebbe valere anche per le madri che lavorano e, addirittura per quelle che svolgono il proprio lavoro lontano dalla dimora familiare. In tale situazione di accoglimento e distacco, il padre è colui che spinge i figli a sperimentare momenti di vita fuori dalla dimora familiare, li incoraggia ad affrontare le sfide della vita sociale [69] . È noto che, soprattutto durante l’adolescenza, il figlio nella progressiva maturazione di tutte le funzionalità psichiche – cognitive, emotive, relazionali e comportamentali – «ha bisogno della presenza del genitore, come di una guida che orienti ad affrontare e per quanto sia possibile risolvere problemi personali, di natura morale o affettiva o insorgenti a scuola; e ad apprendere a situarsi, a iniziarsi nella comprensione e nella frequentazione di una società sempre più complessa» [70] .

Cosa succede se, nella consapevolezza delle diversità e della complementarità della donna e dell’uomo, ognuno con le proprie specificità e in una prospettiva di collaborazione paritaria in tutti i campi della vita familiare, la madre svolge il proprio lavoro in una città, o in uno Stato diverso da quello nel quale è ubicata la dimora familiare? Qui non si può tacere che l’attuale momento storico è caratterizzato dal complessificarsi delle costellazioni familiari e dall’aumento esponenziale della vulnerabilità dei rapporti e dei legami matrimoniali e di

fatto, dalla frammentarietà, incertezza e instabilità dei sistemi parentali e dalla conseguente fragilità genitoriale nello svolgimento del ruolo educativo dei figli [71] .

Seguita in questi itinerari la vita di coppia e genitoriale si scontra con un contesto socio-economico che presuppone da un lato la necessità di un doppio reddito per far fronte alle spese familiari, dall'altro la quasi impossibilità per le donne di conciliare lavoro e vita domestica.

Secondo i dati Eurostat, le donne lavoratrici che svolgono anche il lavoro di cura, in media superiore a quello degli uomini, riscontrano nella realtà delle difficoltà nel mondo del lavoro, soprattutto nella fascia d'età compresa tra i venticinque e i quarantanove anni; difficoltà che aumentano in corrispondenza dell'aumento del numero di figli, al quale corrisponde una diminuzione del tasso di occupazione [72] . La donna-madre lavoratrice che non riesce a gestire, in un "gioco di destrezza", l'equilibrio tra vita professionale e vita familiare, molto spesso è costretta a presentare dimissioni volontarie, con conseguenze negative non soltanto per gli aspetti economici della vita familiare ma anche nel rapporto fra coniugi e per il suo ruolo di donna all'interno della società. Tutto questo, non soltanto influenza le rappresentazioni che la madre ha di sé stessa e della relazione con il coniuge, ma attraverso un processo di mutualità psichica, ovvero un gioco di proiezioni, introiezioni ed identificazioni, influenza le condotte della medesima nei confronti dei figli.

Se tutto ciò è vero, ed è vero, quali sono le motivazioni che giustificano i sacrifici delle donne lavoratrici? Il contesto sistematico nel quale si conduce l'indagine denota una circostanza peculiare: è possibile separarsi fisicamente e legalmente dal coniuge ma non dai figli. La separazione per motivi di lavoro potrebbe condurre il nucleo familiare in uno stato di crisi che porta con sé aspetti e dinamiche impreviste o imprevedibili di tutti i suoi componenti. Relazioni quotidiane interrotte, sospese, potrebbero far sorgere situazioni di alta conflittualità familiare, che oltre a creare disagi tra i coniugi, minerebbero lo sviluppo, nella sua interezza, dei figli. Come noto, la madre rappresenta, in particolare per la "figlia" un modello di femminilità, l'esempio di saper coniugare le responsabilità familiari con quelle sociali e lavorative, l'esempio della relazione con il futuro coniuge. Ciò non esclude che nella costruzione dell'identità femminile, anche il padre ha un'importanza fondamentale in quanto è il primo modello maschile con il quale le bambine si confrontano [73] . Ma la figlia che cresce senza la presenza costante della madre, la quale svolge la sua attività lavorativa in un altro luogo, potrebbe vivere l'assenza come mancanza, percepire la relazione genitori-figli come una frontiera impervia che travalica l'orizzonte di cura; di una cura che si presta con il dialogo, con l'ascolto, con l'empatia e che non riesce a superare il limite della distanza, in quanto la competenza ad aver cura si costruisce nel far sì della relazione di essere vicini. Vi è di più! Azzardando una riflessione che tesse le maglie di una società che tende all'equilibrio, si potrebbe affermare che la figlia, o i figli che crescono senza la presenza della madre lavoratrice vivendo, come già detto, una situazione di

manca, a volte drammatica talaltra estrema, spesso si trovano ad affrontare rapporti conflittuali, di rivendicazione che, anziché trovare il proprio baricentro nei rapporti familiari, fatti di comprensione, di dialogo, di conversazione, di vicinanza, si inseriscono in un circuito di rivolta che indebolisce le relazioni e sfocia in episodi di disagio.

12. Considerazioni conclusive tra interferenze digitali e tutele disconnesse

Nel gioco del necessario ed inevitabile bilanciamento degli interessi che caratterizza l'attività giuridica di garanzia dei diritti e di tutela di situazioni a volte contrapposte, va fatta una riflessione in merito all'esigenza di sollecitare il superamento delle discriminazioni di genere e verificare l'effettività della tutela dei diritti genitoriali.

Dalle considerazioni sin qui svolte emerge che, nonostante il legislatore, sia nazionale sia europeo, abbia introdotto degli strumenti funzionali all'implementazione del modello di conciliazione condivisa, la strada della «piena valorizzazione della dimensione bilaterale della genitorialità» [74] è ancora lunga, e a tratti tortuosa, viste le disomogeneità di tutela e di promozione giustificate o no, tra le varie diversità [75].

La promozione della parità dei sessi e della piena partecipazione delle donne al mercato del lavoro mira a garantire non soltanto i principi fondamentali e i diritti di tutti i lavoratori ma anche un equilibrio in termini sociali ed economici. Ancora, per attenuare l'asimmetria di genere nell'assolvimento dei compiti genitoriali, dovuta ad una «visione della presenza paterna quasi di secondo grado, integrativa rispetto a quella materna» [76], occorre abbandonare la concezione tradizionalista della conciliazione e accogliere una visione più moderna, basata su un effettivo coinvolgimento, anche emotivo, dei padri [77].

Emerge un monito. Si auspica che avvenga il superamento del *gender gap* nella distribuzione del “tempo” tra il lavoro di cura e il lavoro retribuito, mediante la messa a punto di politiche contrattuali a sostegno della conciliazione per implementare soluzioni innovative, sia di tipo normativo sia di tipo organizzativo, in un'ottica di perseguimento di quel baratto tra vantaggio economico e diritto soggettivo [78].

Tale auspicio è velleitario in un momento storico, come quello attuale, nel quale l'obiettivo del perseguimento di un equilibrio tra vita privata e vita personale diventa ancora più evidente nel caso dello *smart working*. Si segnala in tale direzione, a livello europeo lo studio, in discussione in Parlamento, del cd. “diritto alla disconnessione” [79], da applicarsi sia al settore pubblico, sia al settore privato.

L'analisi svolta dall'Eurofound, dal titolo *Working anytime, anywhere: the effects on the world of work*, mette in rilievo che tra le criticità più rilevanti del lavoro svolto con i *device*

elettronici, vi è il rischio di “interferenza casa-lavoro”, dovuto ad una ineluttabile sovrapposizione tra lavoro retribuito e vita personale. Da qui emerge la necessità di poter “staccare” dallo *smart working*, al fine di evitare che i confini tra lavoro e vita privata possano diventare sempre più labili. Tutto ciò impone delle riflessioni su questioni riguardanti la definizione di precisi *standards* europei al fine di evitare di vanificare gli sforzi finora realizzati.

Note e riferimenti bibliografici

[1] S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2018, p. 9.

[2] J.C. Tronto, *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della Cura*, Reggio Emilia, 2006, p. 118.

[3] Nel discorrere della teoria della giustizia Rawls avvicina il tema dell'autonomia della giustizia ai temi dell'oggettività e della soggettività del diritto, ai temi delle questioni mentali, e dunque di come le persone si pongono nei confronti delle cose. Con la "teoria della giustizia" tenta di superare la dottrina filosofica dell'utilitarismo, vale a dire l'idea secondo la quale una società giusta debba perseguire il massimo benessere possibile per il massimo numero di persone. V. J. Rawls, *A Theory of justice*, Oxford, 1971, trad. it. di S. Maffettone, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1999. Cfr., sul punto, v. J. Bentham, *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, trad. it. di E. Lecaldano *Introduzione ai Principi della Morale e della Legislazione*, Torino, 1998. La base della morale e del diritto, e di conseguenza della legislazione, guidata unicamente dall'intento di realizzare "la maggior felicità possibile per il più gran numero possibile di individui", è il principio utilitaristico, della norma etico-giuridica, enunciata già da Beccaria. L'interesse dei singoli si accorda con l'interesse generale: e i limiti che questo impone all'egoismo sono compensati dal risultato finale che è una somma maggiore di felicità. Il neocontrattualismo di Rawls insiste sul concetto di eguaglianza delle opportunità e sulla necessità che l'apparato statale intervenga attivamente per riequilibrare le disparità economiche. In particolare, egli ritiene che il neocontrattualismo può essere una risposta eteronoma alle questioni della debolezza strutturale dei soggetti, in una logica di maggiore giustizia distributiva. Cfr. R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, New York, 1974, il quale ha espresso un punto di vista opposto a quello di Rawls, rigettando sia l'anarchismo sia lo statalismo e sostenendo la tesi utopica di una libertà quasi illimitata dell'individuo. Pur partendo, come Rawls, da premesse ispirate al liberalismo classico e da un'analoga posizione critica nei confronti dell'utilitarismo, Nozick sostiene una visione individualista della vita, che comporta la drastica riduzione della sfera di intervento dello Stato negli affari dei cittadini (ciò evoca l'idea di una struttura della società dove vi è un'assenza di statualità, da qui "Stato minimo, meno Stato, niente Stato").

[4] A. Colombo, *L'utopia. Rifondazione di un'idea e di una storia*, Bari, 1997.

[5] V., sull'argomento, V. Pedroni, *Ragione comunicazione. Pensiero e linguaggio nella filosofia di Karl-Otto Apel e di Jürgen Habermas*, Milano, 1999, p. 153. «La moralità ha un carattere eminentemente giuridico ed è associata alla questione della legittimazione democratica. La formazione di norme sociali giuste, meritevoli di consenso universale in

una società pluralista e democratica, passa attraverso l'identificazione di un principio (morale) che deve di per sé sostenere la discussione pubblica delle regole stesse». Nel linguaggio corrente si usano spesso i termini *etica* e *morale* come sinonimi. Etica è la parola greca che deriva da *ethos*, costumi, e che il latino traduce in *moralis*, derivata da *mos*, che ugualmente indica il costume. Nell'etimologia *etica* e *morale* hanno il medesimo significato. Tuttavia nella discussione non raramente si trovano impiegate le parole in maniera diversa, senza che ne sia chiaro il senso. V., sul punto, G. Visentini, *Etica e affari. Una prospettiva giuridica*, Roma, 2005. La moralità riguarda le norme giuste, quelle che la società è chiamata a rispettare se vuole regolare con giustizia i rapporti fra i cittadini. Cfr. J. Habermas, *Teoria della morale*, trad. it. di E.V. Tota, Roma-Bari, 1993, p. 139, dove si legge: «Ogni norma valida deve ottemperare che le conseguenze e gli effetti collaterali, che derivano dalla sua osservanza universale per la soddisfazione degli interessi di ciascuno, potrebbero essere accettati da tutti gli interessati».

[6] B. Croce, *Filosofia della pratica*, Bari, 1963, p. 229: «Se il principio della moralità fosse materiale, questa sarebbe definita da una determinata azione o da un determinato gruppo di singole azioni. Ma l'atto morale supera il singolo o i gruppi singoli che in quanto tali appartengono alla forma meramente economica. Chi ama le cose per le cose, non ama ancora l'universale, che è dappertutto e non si esaurisce in una cosa in particolare».

[7] Così, testualmente, A. Lorentoni, *Individualismo, autonomia e conformismo nello spazio pubblico. Teoria politica e studi di genere*, in *Lessico di etica pubblica*, 2014, 2, p. 19.

[8] Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999.

[9] R. Esposito, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino, 2002.

[10] E.F. Kittay, *Love's Labor. Essays on Women, Equality and Dependency*, New York, 1999.

[11] A. Cavarero, *Inclinazioni. Critica della rettitudine*, Milano, 2013, p. 179.

[12] C. Botti, *Prospettive femministe. Morale, bioetica e vita quotidiana*, Torino, 2012, p. 47.

[13] C. Gilligan, *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, tr. it. di A. Bottini, Milano, 1987.

[14] P. Paperman e S. Laugier, «Présentation», in Aa. Vv., *Le souci des autres. Éthique et politique du care*, Paris, 2005, p. 10.

[15] J. Revel, «Prefazione» *Per amore o per forza. Femminilizzazione del lavoro e*

biopolitiche del corpo, Verona, 2010, p. 21.

[16] H. Arendt, *Che cos'è la politica?*, (a cura di) U. Ludz, Torino, 2006.

[17] A. Lorentoni, *Individualismo, autonomia e conformismo nello spazio pubblico. Teoria politica e studi di genere*, cit. p. 22.

[18] J. Tronto, *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura*, tr. it. di N. Riva, (a cura di) A. Facchi, Reggio Emilia, 2006, p. 197.

[19] J. Tronto, *o.u.c.*, p. 102.

[20] M. Heidegger, *Essere e tempo* (1927), (a cura di) F. Volpi e trad. it. P. Chiodi, Milano, 2009, p. 339. In tale opera, l'a. affronta il problema delle dinamiche relazionali, quando tratta il tema della struttura ontologico-esistenziale dell'essere-con. Egli afferma che «In quanto è, l'Esserci è stato-gettato, cioè non si è portato nel suo Ci da se stesso. Essendo, l'Esserci è determinato come un poter essere che appartiene a se stesso, ma tuttavia non in quanto esso stesso si sia conferito il possesso di sé. Esistendo, l'Esserci è determinato come un poter essere che appartiene a se stesso, ma tuttavia non in quanto esso stesso si sia conferito il possesso di sé. [...] Solo essendo quell'ente che esso può essere esclusivamente in quanto consegnato a esserlo, è possibile che, esistendo, esso sia il fondamento del proprio poter essere».

[21] M. Heidegger, *o.u.c.*

[22] Vedi A. Sciurba, *La Cura tra giustizia e diritti*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2016, p. 399.

[23] M.V. Ballestrero, *La Costituzione e il lavoro delle donne: eguaglianza, parità di trattamento, pari opportunità*, in *I diritti delle donne nella Costituzione*, (a cura di) M. Gigante, Napoli, 2007, p. 75 ss.

[24] G. Alpa, *Women in law*, Relazione presentata alla Giornata europea delle Donne Avvocato, organizzata dal Consiglio nazionale forense – Roma, 16-17 giugno 2006.

[25] P. Perlingieri e S. Balletti, *Art. 37*, in P. Perlingieri, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, p. 258.

[26] P. Perlingieri e S. Balletti, *o.u.c.*

[27] Così testualmente M.A. Fineman, *Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile*, in *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma, 2018, p. 141 ss.

[28] Modificata con il d.lgs. n. 196/2000 e poi con il d.lgs. n. 145/2005. Infine, in attuazione della delega conferita dall'art. 6 l. n. 246/2005, è giunto il *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, ovvero il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198.

[29] Corte cost., n. 109 del 1993, in *consultaonline.it*.

[30] A titolo esemplificativo si veda la legge Golfo-Mosca n. 120 del 12 luglio 2011, *Modifiche al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati*, in G.U. n. 174 del 28 luglio 2011. DPR n. 251 del 30 novembre 2012, *Regolamento concernente la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo nelle società, costituite in Italia, controllate da pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, non quotate in mercati regolamentati, in attuazione dell'articolo 3, comma 2, della legge 12 luglio 2011, n. 120*, in G.U. n. 23 del 28 gennaio 2013.

[31] La protezione dei diritti fondamentali ad opera dell'ordinamento giuridico comunitario è stata assicurata sulla base di una giurisprudenza progressiva della Corte di giustizia delle Comunità europee, introdotta a partire dal 1969. Infatti, superando un proprio precedente atteggiamento negativo contenuto nelle sentenze *Stork*, 4 febbraio 1959, Causa C-1/58, in *Raccolta*, 1959, p. 43; *Nold*, 15 luglio 1960, Cause riunite C-36-38/59, in *Raccolta*, 1960, pp. 857-890; *Sgarlata*, 1° aprile 1965, Causa C-40/64, in *Raccolta*, 1964, p. 279. La lacuna iniziale è stata parzialmente colmata quando, con la sentenza *Stauder*, 12 novembre 1969, Causa C-29/69, in *Raccolta*, 1969, p. 419 ss. è affermata l'esigenza che «la tutela dei diritti fondamentali» costituisce parte integrante dei principi generali di cui la Corte garantisce l'osservanza. Successivamente la Corte di giustizia nella sentenza *Handelsgesellschaft*, 17 dicembre 1970, Causa C-11/70, in *Raccolta*, 1970, p. 1125 ss., approfondendo il proprio orientamento, ha assunto la salvaguardia dei diritti fondamentali ai principi generali del diritto comunitario, per conformazione alle «tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri, da realizzare «entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità». V., anche, con un diverso e più ampio riferimento alla fattispecie, G. Tesauero, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, p. 426 ss.

[32] B. Beccalli, *Donne in quota. La politica delle quote nel lavoro e nella rappresentanza politica*, in *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, (a cura di) B. Beccalli, Milano, 1999, p. 9 ss.

[33] C. Booth e C. Bennett, *Gender Mainstreaming in the European Union Towards a New Conception and Practice of Equal Opportunities?*, in *European Journal of Women's Studies*, 2002, 9.

[34] M. Stratigaki, *Gender Mainstreaming vs Positive Action. An Ongoing Conflict in EU Gender Equality Policy*, in *European Journal of Women's Studies*, 2005, 12.

[35] Corte giust. 14 febbraio 1995, Causa C-279/93, *Schumacher*, in *Raccolta*, 1995, p. 225; Corte giust., 2 ottobre 1997, Causa C-100/95, *Kording*, in *Raccolta*, 1997, p. 453.

[36] La discriminazione è diretta quando una persona, a causa del suo sesso, riceve un trattamento meno favorevole di quello che ha ricevuto, riceve o potrebbe ricevere una persona di sesso opposto in una situazione analoga. Sull'argomento, per la giurisprudenza si veda Corte giust. 26 febbraio 2008, Causa C- 506/2006, *Mayr*, relativa al caso di una lavoratrice austriaca, la sig.ra Mayr, licenziata durante un congedo di malattia ottenuto per sottoporsi ad un intervento di fecondazione in vitro. Il provvedimento di licenziamento, motivato dalle troppe assenze, era stato comunicato all'interessata dopo l'avvenuta fecondazione, ma prima dell'impianto dell'embrione, ovvero in un momento in cui, secondo la signora, già sussisteva il divieto di licenziamento previsto per le donne in gravidanza. La Corte di giustizia, investita della questione, ha affermato che la *ratio* della disposizione che prevede il divieto di licenziamento è quella di evitare che un simile evento, d'indubbia natura traumatica, possa gravare sullo stato psico-fisico della lavoratrice gestante, spingendola, ad esempio, ad interrompere la gravidanza per non perdere il posto di lavoro. La Corte, sulla base del suo ragionamento interpretativo, conclude affermando che la normativa in questione (gli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207) «osta[...] al licenziamento di una lavoratrice che, in circostanze quali quelle di cui alla causa principale, si trovi in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione in vitro, vale a dire tra il prelievo follicolare e il trasferimento immediato degli ovuli fecondati in vitro nel suo utero, purché sia dimostrato che il licenziamento si fondi essenzialmente sul fatto che l'interessata si sia sottoposta a tale trattamento».

[37] Direttiva 79/7/CEE del 19 dicembre 1978, *relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale*; Direttiva 92/85/CEE del 19 ottobre 1992, *concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento*; Direttiva 96/97/CE del 20 dicembre 1996 che *modifica la direttiva 86/378/CEE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nei regimi professionali di sicurezza sociale*; Direttiva 97/80/CE del 17 dicembre 1997 *riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso*; Direttiva 2002/73/CE del 23 settembre 2002 *che modifica la Direttiva 76/207/CEE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro*; Direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006 *riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione)*; Direttiva 2010/41/UE del 7 luglio

2010 *sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e che abroga la Direttiva 86/613/CEE*. Regolamento n. 1922/2006 del 20 dicembre 2006 *l'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere con l'obiettivo di supportare le istituzioni dell'UE e gli Stati membri nei loro rispettivi impegni per la promozione dell'eguaglianza di genere*.

[38] Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 *relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio*.

[39] Boletín Oficial del Estrado n. 71, 23 marzo 2007.

[40] Così, L. Fauvarque-Gobin, *La conciliazione vita-lavoro nella Loi travail*, in *Loi travail: prima analisi e lettura*, oì travail: *prima analisi e lettura. Una prima tappa verso lo "Statuto dei lavoratori" di Marco Biagi?*, (a cura di), L. Casano, G. Imperatori, C. Tourres, in *ADAPT*, 2016, p. 76.

[41] Si riportano qui gli atti normativi europei che costituiscono le norme propedeutiche per la futura normazione europea in materia. Il primo documento è la Raccomandazione 92/241/CEE del Consiglio del 31 marzo 1992, *sulla custodia dei bambini*. In essa viene disciplinata l'organizzazione e il funzionamento dei servizi per la prima infanzia. Si incoraggiano gli Stati membri a rendere accessibili tali servizi ai genitori che lavorano, seguono un corso di formazione o sono in cerca di occupazione. Si fa riferimento, per la prima volta, all'opportunità di promuovere una distribuzione delle responsabilità lavorative, familiari e di cura tra uomini e donne. In ordine cronologico, si segnala la Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992 *concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento*. È il primo provvedimento che afferma il principio secondo il quale le donne potevano essere trattate diversamente, come gruppo, al fine di ottenere una maggiore uguaglianza di opportunità. Ancora, la Direttiva 96/34/CE, abrogata e sostituita dalla direttiva 2010/18/UE dell'8 marzo 2010 del Consiglio *che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES*. Essa attribuisce ai lavoratori di entrambi i sessi il diritto individuale al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un figlio per un periodo minimo di quattro mesi. Per promuovere la parità di opportunità e di trattamento tra gli uomini e le donne, si prevede che il congedo venga accordato, in linea di principio, in forma non trasferibile.

[42] A norma dell'art. 22, d.lgs. n. 151/2001 le lavoratrici hanno, infatti, diritto ad una indennità di maternità, sostitutiva della retribuzione, per il periodo di interdizione obbligatoria e comprensiva di ogni altra indennità eventualmente spettante per malattia. L'indennità giornaliera è pari all'80% della retribuzione per tutto il periodo di congedo di

maternità. La retribuzione è quella media globale giornaliera e va calcolata dividendo per trenta l'importo totale della retribuzione del mese precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio il congedo (art. 23, d.lgs. n. 151/2001). A tale importo va addizionato il rateo giornaliero relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità e agli altri premi o mensilità o trattamenti accessori eventualmente erogati alla lavoratrice. Sul punto, v. G. Fappiano, *Il riconoscimento di indennità di maternità al padre genitore unico di minore*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 6, p. 1970.

[43] Corte cost., 19 gennaio 1987, n. 1, in *consulta online.it*

[44] Così definita da G. L. Conti, *La struttura naturalmente liquida della famiglia*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, (a cura di) R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2010, p. 65 ss.

[45] Sul punto v. E. Catalani, *La donna lavoratrice nella "sua essenziale funzione familiare" a settant'anni dall'approvazione dell'art. 37 Cost.*, in *www.federalismi.it*, p. 82.

[46] Il termine *conciliare* si rifà a una visione di sostanziale conflitto e separazione tra i differenti ambiti di vita che devono essere mediati attraverso una sorta di transazione. Il termine *armonizzare* richiama a una visione di integrazione profonda tra ambito lavorativo e ambito familiare. Così, L. Borzì e L. Rebuzzini *La conciliazione vita/lavoro tra diritto esigibile e strumento strategico per nuove politiche di sviluppo*, in *Conciliare vita e lavoro: verso un welfare plurale*, (a cura di) M. Faioli e L. Rebuzzini, Roma, 2010, p. 11.

[47] R. Santucci, *Flexicurity e conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 581 ss. L'a. propone la conciliazione come elemento di raccordo tra mercato del lavoro e sistema di protezione sociale. La conciliazione è contenuta nella definizione di *flexicurity*, come flessibilità dell'organizzazione di lavoro che agevola l'incontro tra responsabilità professionali e responsabilità private. Nello specifico la "flessicurezza" dovrebbe supportare la parità di genere promuovendo un accesso equo a un'occupazione di qualità per le donne e gli uomini e offrendo misure per conciliare il lavoro, la famiglia e la vita privata.

[48] Sul punto, V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo- lavoro*, Bari, 2008, p. 277.

[49] M.N. Marella e S. Catanossi, *Il contratto e il mercato sono maschili?*, in *Oltre il soggetto razionale*, (a cura di) G.R. Elgueta e N. Vardi, Roma, 2014, p. 171.

[50] R. Voza, *Le misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2015, 1, p. 13.

[51] A.R. Tinti, *Conciliazione e misure di sostegno. Sulle azioni positive di cui all'art. 9 della legge n. 53/2000*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2009, 2, p. 180.

[52] I. Fanlo Cortés, *Congedi genitoriali, politiche del diritto e diseguaglianze di genere. Riflessioni sul caso italiano nel quadro europeo*, in www.dirittoequestionipubbliche.org.

[53] C. Gaiaschi, *Oltre il modello dual earner-dual carer: dalla conciliazione condivisa per tutti alla conciliazione condivisa fra tutti*, in <https://URL>

[54] Sul punto v. R. Crompton, *Restructuring Gender Relations and Employment. The Decline of the Male Breadwinner*, Oxford, 1999, il quale ha quattro modelli familiari che corrispondono a quattro forme diverse di *gender arrangement*: il modello del *male breadwinner-female caregiver* (uomo lavoratore a tempo pieno e donna responsabile delle attività domestiche e di cura); il modello del *male breadwinner-female part-time earner* (uomo impiegato a tempo pieno e donna part-time); il modello *dual earner* (entrambi i componenti della coppia impiegati full-time) e il già citato modello del *dual earner-dual carer*.

[55] Sull'argomento, vedi ampiamente, V. Pasquarella, *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il Jobs-act?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 1, p. 45.

[56] [56] Per un'analisi dettagliata sull'argomento, v. C. Saraceno e M. Naldini, *Conciliare famiglia e lavoro*, Bologna, 2011, p. 21 ss.

[57] Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, *cit.*

[58] In tale direzione si leggano le riflessioni di M.V. Ballestrero, *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi considerazioni introduttive*, in *Lav. dir.*, 2009, 2, p. 163.

[59] Modifiche al testo unico di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, in materia di congedo obbligatorio di paternità e di flessibilità della prestazione lavorativa, per l'attuazione della Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, *relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*.

[60] I dati sono riportati in V. Viale, R. Zucaro, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea. Un quadro comparato per rileggere il Jobs Act*, *Working Paper ADAPT*, 2015, 175, p. 9 ss.

[61] L. Calafà, *Il congedo di paternità*, in *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs.n. 80/2015*, (a cura di) D. Gottardi, Torino, 2016, p. 53.

[62] V. Pasquarella, *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il Jobs-act?*, cit., p. 47.

[63] Trib. Firenze, 16 novembre 2009, n. 1169.

[64] Decreto legislativo 15 luglio 2015, n. 81, *Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, in *G.U. del 24 giugno 2015*, n. 144.

[65] Vedi per la normativa d.d.l. n. 2223 recante misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato, del 22 gennaio 2016.

[66] Di questa visione, F. Savino, *La conciliazione condivisa tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, (a cura di), M.V. Ballestrero e G. De Simone, Torino, 2009, p. 88.

[67] Sull'argomento, D. Simeone, *Educazione familiare e vita di coppia*, in *Rivista italiana di educazione familiare*, 2009, 1, p. 59.

[68] N. Galli, *Educazione dei coniugi alla famiglia*, Milano, 1988, p. 55.

[69] Così, G. Zanniello, *L'integrazione dei compiti della madre e del padre nell'educazione dei figli e delle figlie*, in *Rivista Italiana di educazione familiare*, 2016, 1, p. 150.

[70] A. Bellingeri, *La famiglia come esistenziale*, Brescia, 2014, p. 267.

[71] A. Muschitiello, *Lo spazio neutro per so-stare nel conflitto genitori-figli e tras-formarlo in conflitto formativo. Riflessioni pedagogiche in prospettiva fenomenologica*, in *Mondi educativi. Temi indagini e suggestioni*, 2019, 9, p. 363.

[72] I dati sono riportati da R. Baptista, *Donne, lavoro e maternità: alla ricerca di un equilibrio tra famiglia e carriera*, in *www.insidemarkentig.it*, 5 febbraio 2020.

[73] Tale impostazione spesso si è scontrata con la convinzione che l'educazione delle figlie spettasse più alle mamme e quella dei figli ai padri; ma in realtà l'educazione familiare richiede l'integrazione degli interventi di entrambi i genitori, sia per i figli maschi sia per le figlie femmine, ognuno con le proprie specificità. Sul punto, v. Zanniello, *L'integrazione dei compiti della madre e del padre nell'educazione dei figli e delle figlie*, cit., p. 154.

[74] S. Borelli, *Il padre lavoratore nella giurisprudenza costituzionale*, in *Paternità e*

lavoro, (a cura di), L. Calafà Bologna, 2007, p. 246.

[75] R. Santucci, G. Natullo, V. Esposito, P. Saracini (a cura di), “*Diversità*” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni, Milano, 2009, p. 9.

[76] M.G. Landuzzi, *Lavoro e cura tra conciliazione e condivisione*, in *Paternità e lavoro*, cit., p. 267.

[77] V. Pasquarella, *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il Jobs-act?*, cit., p. 58.

[78] A. Fenoglio, *Nuove modalità di fruizione del congedo parentale: un modello di “flessibilità buona”*, in *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs.n. 80/2015*, (a cura di) D. Gottardi, cit., p. 73.

[79] Si segnala qui che alcuni Stati membri già sono dotati di una normativa in materia. È il caso di Francia, Spagna e Italia. La Francia è stato il primo paese ad inserire nel proprio ordinamento giuridico il diritto alla disconnessione nella Riforma contenuta nella *Loi Travail* n. 1088 del 2016, la quale ha modificato L. 2242-8 del *Code du Travail*, che a seguito delle ordinanze 2017-1385 del 22 settembre 2017, è divenuto L. 2242-17. Esso non fornisce una definizione di disconnessione ma semplicemente una «qualifica *expressis verbis* quale diritto». Così, A. Fenoglio, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, (a cura di), G. Zilio Grandi, M. Biasi, Milano, 2018, p. 548. Per quanto riguarda l’ordinamento spagnolo, il diritto alla disconnessione è stato introdotto con la legge n. 3 del 2018 sulla *Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales* (LOPDP). L’art. 88, rubricato *Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*, riconosce in capo a tutti cittadini tale diritto, al fine di garantire loro, al di fuori dall’orario di lavoro legale e contrattuale, il rispetto del tempo di riposo, dei permessi e delle ferie, per rafforzare il diritto alla conciliazione tra attività lavorativa e vita personale e familiare. Sull’argomento, R. Zucaro, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *Labour Law Issues*, 2019, 5, p. 229.

REATO ASSOCIATIVO MAFIOSO: AMMESSA LA CONTINUAZIONE CON I REATI SCOPO

Il presente contributo analizza il dibattito giuridico, dottrinale e giurisprudenziale, che ha condotto alla recente pronuncia della Cassazione Penale n. 7452 del 2020 in materia di ammissibilità della continuazione verticale tra reato associativo di stampo mafioso e reati fine del sodalizio criminoso. Il commento dei principi di diritto elaborati ha presupposto la disamina degli istituti giuridici coinvolti per soffermarsi poi sul fondamento logico e giuridico della quaestio iuris di cui i giudici nomofilattici hanno delineato contorni e presupposti, pronunciandosi in senso favorevole alla formale ammissibilità della continuazione.

autore **Federica Crescioli**



Abstract ENG

Il presente contributo analizza il dibattito giuridico, dottrinale e giurisprudenziale, che ha condotto alla recente pronuncia della Cassazione Penale n. 7452 del 2020 in materia di ammissibilità della continuazione verticale tra reato associativo di stampo mafioso e reati fine del sodalizio criminoso. Il commento dei principi di diritto elaborati ha presupposto la disamina degli istituti giuridici coinvolti per soffermarsi poi sul fondamento logico e giuridico della quaestio iuris di cui i giudici nomofilattici hanno delineato contorni e presupposti, pronunciandosi in senso favorevole alla formale ammissibilità della continuazione. This paper analyzes the legal debate, both academic and jurisprudential, which leads up to the recent decision of the Supreme Court no. 7452 of 2020 concerning the admissibility of vertical continued offense between the crime of mafia-type association and the crimes committed by the members of the criminal association. The comment on the principles of law developed has required the analysis of the legal institutions involved in order to focus on the logical and legal basis of the quaestio iuris the judges outlined. The sentence determined limits and conditions in support of the admissibility of continued offense.

Sommario: 1. Introduzione; 2. La vicenda giudiziaria e i principi di diritto; 3. Il reato continuato e la nozione di “medesimo disegno criminoso”; 4. L’associazione di stampo mafioso ex art. 416 bis c.p.; 5. Il *punctum pruriens* della c.d. continuazione verticale: la differente nozione di “programma criminoso”; 5.1. Le posizioni della dottrina; 5.2. Gli orientamenti giurisprudenziali; 6. Il recente approdo della sentenza n. 7452/2020 Corte di cassazione, prima sezione penale; 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

La recente sentenza della Corte di Cassazione, in commento, esaurisce la *vexata quaestio* in materia di applicabilità dell'istituto della continuazione dei reati, *ex* articolo 81, II comma, c.p., ai reati associativi e, più nello specifico, all'associazione di stampo mafioso disciplinata dall'articolo 416 *bis* c.p..

Gli ermellini si sono inseriti nel solco di quella non risalente giurisprudenza che ha ritenuto ammissibile la possibilità di avvincere in continuazione il reato associativo con i successivi reati scopo purchè il soggetto agente si rappresenti i singoli reati fine del reato associativo «nel medesimo contesto»^[1] in cui lo stesso prende parte al sodalizio criminoso, interpretando rigorosamente la nozione di “medesimo disegno criminoso” di cui all'articolo 81, II comma, c.p., nonché stabilendo in maniera puntuale il *quantum* probatorio necessario, ovvero facendo riferimento a «dati significativi» e non ritenendo sufficiente il mero rapporto di strumentalità intercorrente tra reato associativo e reato fine.

L'annosa questione sorge poiché l'ordinamento giuridico italiano disciplina sia l'istituto della continuazione dei reati, quale deroga al concorso formale di reati e conseguente cumulo materiale dei trattamenti sanzionatori, sia le fattispecie associative, destinate all'aggravamento del trattamento sanzionatorio.

Il primo viene dal legislatore definito quale l'azione di chi “con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge”, applicando, in tale ipotesi, la “pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo”.

Le seconde, invece, tipizzano quali penalmente rilevanti, sopra tutte e *in primis*, quelle condotte associative destinate alla realizzazione di un programma criminoso o alla commissione di più delitti, i cd. reati fine o reati scopo.

È evidente, come, la controversa conciliabilità dell'istituto del reato continuato con le fattispecie dei reati associativi abbia radici, innanzitutto, nelle differenti *ratio* che ad essi sono sottese.

Se, da un lato, la figura del reato continuato risponde alla finalità di attenuare il trattamento sanzionatorio di quel soggetto che pone in essere una pluralità di azioni penalmente rilevanti oggetto, però, di una sola deliberazione criminosa, valutando ciò alla stregua di un indice di minore gravità psicologico e di minore pericolosità sociale dello stesso^[2], dall'altro le fattispecie di reato associativo aggravano la pena di colui che partecipa al sodalizio criminoso e ne realizza i reati oggetto del programma, valorizzando\attuando il legislatore una finalità meramente repressiva mediante la tipizzazione di ipotesi criminali a tutela anticipata^[3].

Da tale premessa, è ben possibile comprendere che il punto di frizione fra le due discipline si realizza proprio nel tratto distintivo che le accomuna: la presenza di un programma criminoso.

Ora, è necessario premettere che tale *punctum pruriens* nella sentenza in commento viene in rilievo, nello specifico, non in riferimento alla deducibilità in continuazione dei singoli reati fine commessi dai partecipanti al sodalizio criminoso (c.d. continuazione orizzontale)^[4], quanto piuttosto in relazione alla deducibilità in continuazione del reato associativo con i singoli reati scopo (c.d. continuazione verticale).

L'oggetto del presente elaborato è proprio quello di esaminare la nozione di “disegno criminoso” ex articolo 81, II comma, c.p. fornita dalla pronuncia in commento, nonché tratteggiare il rapporto tra il reato continuato e le fattispecie associative, nella specie quella di stampo mafioso ex art. 416 *bis* c.p., allo scopo di permettere un'analisi critica della recente sentenza della Corte di Cassazione.

A tal fine, a seguito dell'enunciazione del caso di specie, non pare possibile prescindere da una breve trattazione anche degli istituti che vengono in rilievo in un'ottica di efficace commento alla pronuncia *de quo*.

2. La vicenda giudiziaria e i principi di diritto

Il caso di specie in oggetto origina da un'ordinanza della Corte di Appello di Bari, la quale, in qualità di giudice dell'esecuzione, aveva ritenuto avvinti dal vincolo della continuazione due condanne, per reati di estorsione continuata e aggravata commessi dall'inizio dell'anno 2013 al mese di ottobre 2014, e di partecipazione a sodalizio di stampo mafioso e ad associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, commessi dal 1.11.2007 fino all'attualità, rilevando che le condotte estorsive erano state finalizzate ad agevolare il sodalizio mafioso in quanto esse costituivano lo strumento per raccogliere denaro da destinare ai sodali.

Il Procuratore generale presentava ricorso per cassazione, denunciando i vizi di violazione di legge e di difetto di motivazione dal momento che l'ordinanza impugnata aveva, da un lato, escluso la qualificazione delle condotte estorsive quali reati fine del sodalizio criminoso e, dall'altro, ritenuto che le stesse erano state poste in essere con il cd. metodo mafioso ed erano finalizzate ad agevolare l'operatività dei clan, essendone il profitto destinato alle famiglie degli associati detenuti.

La difesa dell'imputato presentava a sua volta ricorso, facendo valere la violazione di legge nella determinazione del *quantum* della pena applicata per il reato base di estorsione, rispetto al quale non risulterebbe applicata la diminuzione di pena per il rito abbreviato, nonché chiedendo la dichiarazione di inammissibilità del ricorso del Procuratore generale, evidenziando che l'imputato era stato ritenuto il mandante delle condotte estorsive e

beneficiario, in quanto all'epoca detenuto, del profitto del reato. Dalla stessa difesa era stato prospettata anche l'utilizzabilità *ex art. 238 bis c.p.p.* di altro provvedimento che aveva riconosciuto la continuazione a favore di un soggetto co-imputato

La Corte di Cassazione ha ritenuto fondato il ricorso del Procuratore generale e ha annullato con rinvio l'ordinanza della Corte di Appello di Bari, stabilendo i seguenti principi di diritto, oggetto di commento:

«La nozione di medesimo disegno criminoso, di cui all'art. 81 c.p., comma 2, presuppone che il soggetto si sia, nel medesimo contesto, rappresentato, almeno nelle loro linee essenziali, la commissione di una pluralità di fatti - reato, e quindi va distinta da una generica ed astratta deliberazione criminosa, priva di riferimento a specifici dati fattuali concernenti l'oggettività del reato»;

«Nel caso di commissione di reati aggravati ai sensi dell'art. 416 - bis c.p., comma 1, il mero dato della strumentalità del reato rispetto al delitto associativo non è sufficiente a giustificare la sussistenza di un comune disegno criminoso, ravvisabile solo ove, con riferimento all'epoca di iniziale consumazione del delitto associativo, emergano dati significativi di una contestuale rappresentazione, nelle linee essenziali, dell'ulteriore reato».

3. Il reato continuato e la nozione di medesimo disegno criminoso

L'istituto del reato continuato o, ancor meglio, della continuazione di reati è disciplinato dall'articolo 81, II comma, c.p. e consiste in una deroga al concorso materiale di reati motivato dalla necessità di mitigarne la severità del trattamento sanzionatorio quando le azioni criminose, consistenti in violazioni di una (medesima o differente^[5]) disposizione di legge, sono realizzate in esecuzione di un medesimo disegno criminoso e, quindi, quando il soggetto agente «cede ai motivi del delinquere una sola volta»^[6], generando, così, un giudizio di minore riprovevolezza consistendo in un unico atteggiamento antidoveroso iniziale.

Orbene, stanti gli altri elementi costitutivi del reato continuato (da identificare in 1 - pluralità di azioni od omissioni; 2 - più violazioni di legge), è evidente che il centro della figura è il “medesimo disegno criminoso” del quale i singoli reati rappresentano l'esecuzione.

Tale concetto è stato oggetto di differenti interpretazioni dottrinali e, nello specifico, si contrappongono tre orientamenti^[7].

Un primo, c.d. intellettuale, ritiene che esso si sostanzia in una mera rappresentazione mentale unitaria e anticipata delle singole condotte criminose; in tal senso, sarebbe necessario un

programma delittuoso iniziale delineante i diversi reati nei loro elementi essenziali e ciò con tutte le difficoltà di accertamento probatorio che ne conseguono^[8].

Un secondo, c.d. volitivo, secondo cui non è sufficiente la mera rappresentazione unitaria, ma essa deve essere contestuale alla deliberazione criminosa, ovvero deve esservi anche il volgere della volontà alla realizzazione di tale programma rappresentatosi^[9].

Un terzo, c.d. teleologico, maggioritario e preferibile, ritiene necessario, oltre al momento rappresentativo unitario, anche un elemento finalistico, ovvero l'unicità dello scopo; lo scopo delle condotte criminose deve essere unico e unitario e ciò sarebbe l'elemento qualificante la medesimezza del disegno criminoso^[10]. La continuazione, dunque, ricorrerebbe soltanto fra reati funzionalmente interdipendenti orientati alla realizzazione dello scopo.

Quest'ultima tesi è stata sposata dalla giurisprudenza più recente, *in primis* dalla Corte Costituzionale^[11] secondo cui «La verifica della sussistenza di un medesimo disegno criminoso – l'accertamento, cioè, che l'interessato, prima di dare inizio alla serie criminosa, abbia avuto una rappresentazione, almeno sommaria, dei reati che si accingeva a commettere e che detti reati siano stati ispirati ad una finalità unitaria – implica, in effetti, valutazioni tecnico-giuridiche attinenti al fatto, tanto sul piano teorico che su quello operativo, avuto riguardo al materiale probatorio da scrutinare»^[12].

In secundis la stessa è stata seguita dalla Giurisprudenza di legittimità; infatti, da ultimo, la Corte di Cassazione con la sentenza n. 749 del 2018, ha affermato che l'agente deve essersi previamente rappresentato e deve aver unitariamente deliberato una serie di condotte criminose volte alla realizzazione di un unico scopo; l'accertamento della sussistenza di tale identità deve avvenire sulla base della presenza di elementi significativi (c.d. indicatori), quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo, la distanza cronologica tra i fatti, le modalità della condotta, la tipologia dei reati, il bene tutelato, la causale, le condizioni di tempo e di luogo^[13].

Alla luce di tali considerazioni risulta anche evidente come, essendo necessaria una netta deliberazione criminosa, possano essere dedotti in continuazione reati sorretti dal dolo quale elemento soggettivo, ritenendo la giurisprudenza da escluderne l'applicazione anche in presenza di dolo d'impeto o di occasionalità della condotta^[14].

Stante, quindi, la necessaria rappresentazione *ex ante* del disegno criminoso finalisticamente orientato, così come definito, *quid* sul grado di dettaglio e di precisione di esso?

La sentenza in commento delinea i confini e gli estremi del disegno criminoso, per poi giungere alla affermazione secondo la quale il soggetto deve essersi rappresentato “almeno nelle linee essenziali” la commissione di una pluralità di fatti.

Da un lato, dunque, specifica che il definito disegno criminoso non è integrato né da un generico programma di attività delinquenziale, né da un semplice impulso a delinquere (quale potrebbe essere la necessità di procurarsi mezzi di sussistenza o lo stato di tossicodipendenza del soggetto agente), né tantomeno in presenza di una scelta di vita fondata sul delitto, non dirimente è infatti la sola caratteristica del soggetto dell’essere avvezzo al delinquere, essendo tale peculiarità rilevante ai fini degli articoli 102-108 c.p..

Dall’altro lato, osserva che la nozione di continuazione non può nemmeno delimitare la sua applicazione alle ipotesi in cui il soggetto abbia specificamente progettato e previsto tutti i singoli reati e ciò è sostenuto anche dal Collegio sulla base di tre elementi.

In primo luogo, il dato letterale della disposizione normativa, dal momento che lo stesso articolo 81, II comma, c.p. parla soltanto di “disegno” criminoso.

In secondo luogo, tale interpretazione non parrebbe conforme alla *ratio* della figura del reato continuato sull’assunto che un giudizio di colpevolezza attenuato non richiede un grado elevato di determinazione, ma soltanto tale da mitigare il giudizio di antidoverosità.

In terzo luogo, assume la Corte che un siffatto grado di precisione risulterebbe meramente astratto e difficilmente ricorrente nella realtà dei fatti, poiché non considererebbe la variabilità delle situazioni e la loro prevedibilità solamente in via di approssimazione.

Ecco, quindi, che la pronuncia in oggetto con l’elaborazione del primo principio di diritto ^[15] si inserisce nel solco della giurisprudenza costante, precisando che, ai fini del riconoscimento dell’istituto della continuazione fra reati, è necessario che il soggetto si sia rappresentato almeno in maniera sommaria o nelle linee essenziali il fatto – reato oggetto di deliberazione e successiva realizzazione, non essendo, però, sufficiente la rappresentazione di un’astratta categoria di reati.

Alla luce di ciò, la Corte introduce un elemento rilevante ai fini dell’*onus probandi*, ovvero che la deliberazione criminosa avvenga con riferimento a dati fattuali concernenti l’oggettività del reato, da accertare sulla base di elementi rilevanti, con apprezzamento sia analitico che complessivo e unitario, secondo le regole della prova indiziaria.

4. L’associazione di stampo mafioso ex art. 416 bis c.p.

I reati associativi, definiti alla stregua di “associazioni per delinquere”, sono, nel nostro ordinamento, tipizzati dagli articoli 416 e 416 bis c.p. e mirano a reprimere i fenomeni

inerenti alla criminalità organizzata, intesa quale attività illecita programmata e plurisoggettiva caratterizzata da «una suddivisione di compiti al fine di collaborare al raggiungimento di un medesimo obiettivo antiggiuridico»^[16].

Infatti, le citate condotte si sostanziano in un accordo fra più persone destinato alla commissione di reati o anche, in caso di associazioni di stampo mafioso, alla realizzazione di attività lecite mediante modalità illecite, accordo che deve essere tale da dar vita ad una nuova entità dotata di una forza che trascende le singole persone che la compongono e in grado di operare anche se alcuni soggetti cambiano nel tempo o mutano di ruolo^[17]. Alla luce di tale considerazione, i reati associativi si caratterizzano, quindi, in genere quali fattispecie plurisoggettive a concorso necessario i cui sodali diventano parti di un tutto e la cui azione è orientata alla realizzazione di un generico programma criminoso.

Ora, il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso *ex* articolo 416 *bis* c.p., di cui la sentenza in commento tratta, è stato previsto nell'ordinamento giuridico italiano con la legge n. 646/1982 con l'intento sia di evidenziare il particolare disvalore della fenomenologia mafiosa sia di fronteggiare obiettivi di politica criminale, ovvero per porre rimedio alla inadeguatezza della tradizionale associazione per delinquere a reprimere la criminalità mafiosa.

La disposizione così come tipizzata nel 1982 fornisce una nozione di associazione mafiosa elaborata sulla scorta delle massime giurisprudenziali in materia di applicazione dell'articolo 416 c.p. a tali dimensioni fattuali e il fulcro di incriminazione è da rinvenire nel metodo utilizzato dai sodali.

Come infatti notato da attenta dottrina, la principale differenza tra l'associazione a delinquere comune e quella di stampo mafioso risiede nelle modalità attraverso le quali l'associazione stessa si manifesta concretamente, ovvero i sodali conseguono il fine prefissato attraverso quella forza intimidatrice capace di generare una situazione di omertà nei terzi, omertà che, ad onor del vero, può sorgere anche dalla mera conoscenza della pericolosità del sodalizio^[18]. Tale circostanza determina un ampliamento della sfera del penalmente rilevante, dal momento che rende *ipso iure* illecite anche condotte astrattamente lecite qualora esse siano poste in essere con tali modalità.

È, quindi, necessario, ai fini della qualificazione di una condotta criminosa alla stregua dell'articolo 416 *bis* c.p., un *quid pluris* rispetto alla organizzazione plurisoggettiva e al programma criminoso, sufficienti per il reato associativo disciplinato dall'articolo 416 c.p., il che fa sorgere un rapporto di *genus a species* fra le due fattispecie.

Infatti, l'articolo 416 *bis* c.p. si configura anch'esso quale una fattispecie plurisoggettiva a concorso necessario i cui sodali perseguono un programma comune, caratterizzata dal *quid*

pluris delle modalità d'azione tipizzate; si parla, in tal senso, di reato a struttura mista^[19].

L'elemento costitutivo della plurisoggettività ed il suo atteggiarsi in concreto non crea problematiche particolari, dal momento che giurisprudenza e dottrina sono concordi nel ritenere che per la sussistenza di un'"associazione" non sia necessaria una elaborata organizzazione di mezzi, quanto piuttosto un accordo associativo dotato dei caratteri di stabilità e permanenza che abbia conseguito nell'ambiente in cui opera un'effettiva capacità di intimidazione^[20].

Mutando prospettiva, e, dunque, valutando i requisiti che devono essere integrati perché il soggetto venga ritenuto partecipe del sodalizio criminoso, la giurisprudenza ha qualificato come presupposti necessari l'adesione del soggetto ai vincoli e agli scopi derivanti dall'associazione, il contributo stabile al mantenimento in vita dell'associazione, il riconoscimento da parte degli altri componenti che il soggetto fornisca effettivamente un contributo stabile per la sussistenza in vita dell'associazione^[21].

Per ciò che concerne il programma delinquenziale, la definizione evoca una nozione indeterminata dello stesso, ovvero non sembra essere necessaria una programmazione specifica ed aprioristica di ogni singolo delitto da commettere. L'articolo 416 *bis*, III comma, c.p. cita fra le finalità, infatti, il generico "commettere delitti", analogamente all'articolo precedente.

In tal senso, una definizione più pregnante del concetto è desumibile *a contrario* da quella giurisprudenza che delinea la linea di discriminazione fra reati associativi a concorso necessario e concorso di persone *ex art. 110 c.p.* in ipotesi di concorso di reati.

La più recente pronuncia^[22] individua quale elemento distintivo tra il delitto di associazione per delinquere (in essa ricomprendendo anche quella di stampo mafioso) e il concorso di persone nella commissione di più reati, il carattere dell'accordo criminoso. Esso, infatti, nel concorso si concretizza in un accordo meramente occasionale e accidentale (salvo poi l'unificazione a titolo di reato continuato qualora posto in essere con univocità di fine^[23]) accordo che si esaurisce con la realizzazione dei reati, mentre nel reato associativo risulta diretto all'attuazione di un più vasto programma criminoso per la commissione di una serie indeterminata di delitti^[24], sempre permanendo il vincolo associativo tra i partecipanti, anche indipendentemente e al di fuori dell'effettiva commissione di essi^[25]. Ad ulteriore conferma di tale ultimo assunto, vi è da notare che il reato associativo mafioso si consuma nel momento in cui il soggetto prende parte al sodalizio criminoso, senza che sia necessario il compimento di alcun atto esecutivo della condotta programmata^[26], e, dunque, l'associato è punito a titolo di 416 *bis* c.p. a prescindere dalla realizzazione di reati scopo.

Quanto all'aspetto probatorio, il giudice può legittimamente dedurre i caratteri della stabilità del vincolo associativo, nonché dell'indeterminatezza del programma criminoso, dal susseguirsi ininterrotto, per un apprezzabile lasso di tempo, delle condotte integranti detti reati a opera di soggetti stabilmente collegati^[27].

Allo stesso modo, la sentenza in commento al par. 2.3 ribadisce tale principio e aggiunge un'ulteriore linea di confine in materia di concorso in ciascun singolo reato « [...] la fattispecie associativa richiede l'elemento del fine di commettere più delitti, ed è stato precisato che si deve trattare di un programma criminoso indeterminato, mentre l'accordo per compiere una serie determinata di specifici delitti integra condotta di concorso morale in ciascun reato».

5. Il *punctum pruriens* della c.d. continuazione verticale: la differente nozione di “programma criminoso”

La *quaestio iuris*, che viene in rilievo in relazione alla sentenza in commento (oltre al primo principio di diritto già esaminato), inerisce alla ammissibilità della continuazione tra il reato associativo di stampo mafioso e i singoli delitti scopo attuativi del programma criminoso, ovvero alla c.d. continuazione verticale.

Alla luce delle considerazioni svolte, è evidente come il *punctum pruriens* sia, principalmente e oltre la differente *ratio* delle due disposizioni, la (in)determinatezza del programma criminoso: il reato continuato richiede un programma criminoso unitario e determinato allo scopo di fondare un giudizio di minore rimproverabilità sociale, di contro, invece, il reato associativo non necessita per la sua sussistenza di un programma criminoso dettagliato.

La dottrina e la giurisprudenza sono state partecipi di un annoso dibattito in materia con soluzioni di esito differente e contrastante, per giungere ad oggi all'accoglimento costante della teoria favorevole all'ammissione della continuazione tra articolo 416 *bis* c.p. e reati scopo.

A tal fine, appare opportuno ripercorrere brevemente le tappe che hanno condotto alla recente pronuncia in commento.

5.1. Le posizioni della dottrina

In dottrina, si sono contrapposti due orientamenti; l'uno favorevole all'ammissibilità della continuazione verticale e l'uno contrario.

Il dibattito inizialmente traeva le proprie premesse dalle diverse finalità cui le due figure normative rispondono: il reato associativo ad una *ratio* accentuatamente repressiva e il reato continuato ad una riduzione del carico sanzionatorio.

Una prima tesi ne trae quale conseguenza l'inapplicabilità della figura del reato continuato alle fattispecie associative sulla base della considerazione che il reato associativo diverrebbe funzione dei reati fine creando una relazione inversamente proporzionale alla gravità dei delitti commessi; più semplicemente, il reato associativo, nel giudizio di gravità attuato in sede di applicazione dell'articolo 81, II comma, c.p., finirebbe per essere considerato alla stregua di un mero aumento, poiché, qualora concorresse con reati più gravi, inciderebbe in misura minore rimanendone quasi assorbito^[28].

L'argomentazione non pare convincere, dal momento che questo è il risultato comune dell'applicazione del reato continuato a fattispecie eterogenee e diverse fra loro; si sostanzia sempre, infatti, in una riduzione del trattamento sanzionatorio e in una differente valutazione di gravità basata sulla cornice edittale e non sull'allarme sociale che da ciascuna condotta delittuosa deriva.

Una seconda tesi, invece, muove le proprie considerazioni dall'assunto che la necessità di un programma criminoso quantomeno indeterminato ex articolo 416 e 416 *bis* c.p. non escluda aprioristicamente la possibilità che anche l'associazione a delinquere si sia formata con un programma delinquenziale preciso secondo i criteri ex articolo 81, II comma, c.p. e ritiene quindi che la valutazione circa la effettiva compatibilità fra i due istituti debba essere affrontata in concreto, non rinvenendo spazio per affermazioni aprioristiche e avulse dal contesto fattuale in cui le condotte criminosi sono state poste in essere: una mera *quaestio facti*^[29] in virtù dell'applicazione tecnica e puntuale del dettato normativo.

Un orientamento minoritario interno sostiene, poi, che «i casi di effettiva rispondenza tra un piano *ab initio* concepito e le realizzazioni esteriori sono rarissimi e di difficile accertamento. Sicché nella pratica del diritto il piano criminoso originario viene senz'altro presunto sulla base di una connessione obiettiva delle condotte»^[30].

5.2. Gli orientamenti giurisprudenziali

Le posizioni della giurisprudenza sono mutate nel tempo; inizialmente, l'orientamento più risalente sposava la teoria della non ammissibilità dell'applicazione della continuazione a reato associativo e reati fine, successivamente, invece, le argomentazioni più recenti sono nel senso di una possibile configurabilità sebbene con delle limitazioni, come enunciato anche dalla sentenza in commento.

La Giurisprudenza di legittimità aveva, infatti, escluso la possibilità della continuazione verticale ritenendo che i reati fine fossero del tutto autonomi rispetto al reato associativo, anche a livello sanzionatorio, e che l'applicazione della continuazione avrebbe condotto a ridurre la sanzione per il delitto di associazione a mero fattore accessorio di aumento della

pena base prevista per il reato più grave^[31].

A seguito dell'affermazione di tale principio di diritto, nel 1987 gli ermellini hanno mutato significativamente orientamento ritenendo che l'unificazione per continuazione del reato associativo con i reati fine possa sussistere quando la «partecipazione alla *societas sceleris* e la perpetrazione dei delitti programmati siano ricompresi fin dall'inizio all'interno di un unico progetto criminoso e che la determinazione sia riportabile, in concreto, all'attività dell'associazione criminosa»^[32].

Il contrasto è culminato, se così si può dire, in due sentenze di legittimità del 1997 ad opera della medesima sezione della Corte di Cassazione: l'una ammette la possibilità della continuazione verticale, l'altra la esclude.

La prima, la sentenza n. 1474 del 1997^[33], chiarisce che il problema della configurabilità della continuazione fra reato associativo e delitti scopo non debba essere impostato in termini di compatibilità strutturale, poiché nulla si oppone alla circostanza per cui, sin dal principio, nel programma criminoso dell'associazione, si concepiscano reati fine determinati nelle loro linee essenziali, così che vi si possa ravvisare un'identità di disegno criminoso ex articolo 81, II comma, c.p.. Tale programmazione deve essere accertata, secondo il Collegio, di volta in volta secondo il prudente apprezzamento del giudice di merito e in relazione al contesto fattuale di riferimento e non deve essere ritenuta aprioristicamente presente o assente.

La seconda^[34], al contrario, sostiene che non sia possibile ammettere la continuazione verticale poiché, mentre l'associazione per delinquere, anche di stampo mafioso, ha ad oggetto un programma delinquenziale generico e programmatico per una serie indeterminata di delitti, il reato continuato è contraddistinto da un accordo criminoso che viene sin dall'inizio ideato e rappresentato, almeno nei suoi aspetti fondanti.

Orbene, è in tempi più recenti che sembra essersi formato un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità a favore dell'ammissibilità in astratto della continuazione verticale, da accertare in concreto.

In primis, è da considerare degna di nota la sentenza n. 24750 del 2007^[35] nella quale si legge «Va preliminarmente ribadita l'ormai consolidata giurisprudenza secondo cui la continuazione presuppone l'anticipata ed unitaria ideazione di più violazioni della legge penale, già insieme presenti alla mente del reo nella loro specificità, almeno a grandi linee, situazione ben diversa da una mera inclinazione a reiterare violazioni della stessa specie, anche se dovuta ad un bisogno persistente nel tempo, ad una scelta di vita o ad un programma generico di attività delittuosa da sviluppare in futuro secondo contingenti opportunità, qual è quello che generalmente connota le associazioni per delinquere.

Pertanto, la continuazione fra il reato associativo e quelli che vengono posti in essere in attuazione delle finalità perseguite dall'organizzazione criminale è ravvisabile solo quando risulti che l'autore abbia già previsto in origine, al momento della sua adesione al sodalizio, l'iter criminoso da percorrere ed i singoli delitti attraverso i quali si snoda; ne consegue che la partecipazione ad un'associazione per delinquere non può costituire, di per sé sola, prova dell'identità di disegno criminoso fra i reati commessi per il perseguimento degli scopi dell'associazione».

Tale principio è stato, poi, ulteriormente specificato da Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 54509/2018, secondo la quale tale continuazione astrattamente configurabile non è in concreto ravvisabile nei confronti di quei reati fine che, pur essendo destinati all'attuazione del programma associativo e al rafforzamento del sodalizio, non erano programmabili *ab origine* perché legati a circostanze ed eventi contingenti e occasionali, non immaginabili al momento iniziale dell'associazione.

6. Il recente approdo della sentenza n. 7452/2020 Corte di Cassazione, prima sezione penale

Riassumendo, quindi, sembra che la *vexata quaestio* abbia avuto origine poiché i due istituti venivano considerati incompatibili sia ontologicamente (l'uno aggrava, l'altro attenua il trattamento sanzionatorio), sia strutturalmente in virtù, prima, della differente *ratio* delle normative e, poi, della enozione di programma criminoso, in questo ultimo modo operando, però, una sovrapposizione fra due livelli valutativi differenti.

Nello specifico, il dibattito può essere riassunto in questi termini: si riteneva che la presenza di un programma delinquenziale indeterminato e generico fosse elemento costitutivo di un'associazione a delinquere, anche di stampo mafioso, e che, *a contrario*, ciò escludesse la possibilità dell'ammissibilità della continuazione. Viceversa, un programma criminoso determinato necessario ai sensi dell'articolo 81, II comma, c.p. non poteva far sorgere la responsabilità ex articolo 416 e 416 *bis* c.p. poiché la fattispecie richiedeva quale elemento costitutivo una serie indeterminata di delitti.

A ben vedere, tale teoria opera una commistione fra due differenti livelli di tipicità: l'uno inerente alla sussumibilità di una condotta nella fattispecie associativa e l'altro rilevante ai fini di un giudizio complessivo inerente al reato associativo - reati fine, giudizio che, anche processualmente, avviene all'esito della valutazione circa la sussistenza o meno di tali condotte nel caso concreto.

È evidente, però, che tale esame deve essere condotto secondo i criteri e gli elementi tipici della continuazione dei reati, il cui riconoscimento necessita, affinché il reato associativo e il reato fine possano essere ritenuti avvinti da tale vincolo, di un'ideazione contestuale ed unitaria degli stessi.

Pare, quindi, allo scrivente che il giudizio debba spostarsi, se possibile, ad un momento precedente dal punto di vista fattuale a quello della ideazione e commissione non solo dei reati scopo, ma anche del reato associativo, dato che quest'ultimo si configura alla stregua di un reato permanente e come tale già perfetto e consumato con il primo realizzarsi degli elementi costitutivi.

In tal senso, nella sentenza in commento si legge testualmente «il giudizio sulla continuazione va rapportato al momento deliberativo del primo reato, che, nel caso di reato associativo, coincide con il momento in cui il soggetto inizia a partecipare al sodalizio, mentre la successiva condotta partecipativa, che si protrae nel tempo trattandosi di fattispecie di reato permanente, riguarda ancora la consumazione del reato, ma non il momento deliberativo^[36]».

Dunque, fatte queste premesse, il Collegio afferma, con il secondo principio di diritto^[37], che la continuazione verticale deve essere ritenuta sussistente solo quando si accerti che, nel momento della condivisione da parte del partecipe del generale programma criminoso del sodalizio (momento di consumazione del reato associativo), sia precisato e noto al partecipe non un programma criminoso indeterminato, ma anche la futura commissione di reati determinati in relazione ad uno specifico dato fattuale idoneo a caratterizzare l'oggettività del fatto.

Inserendosi, quindi, nel solco delle linee già tracciate dalla precedente giurisprudenza, la sentenza si dichiara favorevole alla ammissibilità del giudizio di continuazione fra reato associativo, nello specifico associazione a delinquere di stampo mafioso, e reato fine. La motivazione aggiunge, però, un elemento ulteriore dal momento che non solo stabilisce che la valutazione circa la determinatezza dei singoli reati scopo debba essere effettuata *ex ante* e *ab origine*, ma anche che essa debba essere effettuata avendo riguardo di “specifici dati fattuali idonei a caratterizzare l'oggettività del fatto”, con ciò aggravando l'*onus probandi*.

In linea con tale affermazione, il Collegio precisa che non può ritenersi tale la mera qualità di reato fine dell'associazione ovvero la strumentalità del reato fine all'operare dell'associazione criminale, poiché tale circostanza può solo consentire di ritenere sussistente il reato associativo, dal momento che il legame strumentale permette di dedurre che al momento dell'adesione al sodalizio il soggetto abbia previsto la commissione di ulteriori reati, ma niente dice in relazione alla rappresentazione specifica di essi.

Dunque, il giudizio di continuazione, che richiede la determinatezza del progetto criminoso, non può ritenersi sussistente per il fatto solo che il soggetto agente, aderendo al sodalizio criminoso, si sia rappresentato e abbia voluto la commissione di alcuni reati, ma deve, specificamente, essersi raffigurato, nel momento di consumazione del reato associativo,

quei reati successivamente commessi e tale dato deve essere accertato in relazione ad elementi concreti e fattuali.

7. Considerazioni conclusive

In conclusione, la continuazione fra reato associativo e reato fine è configurabile solo nel caso in cui reato associativo e reati fine siano stati oggetto di una deliberazione coeva. Tale impostazione formalistica porta, invero, ad una prettamente formale ammissibilità della continuazione verticale, dal momento che un eventuale lasso di tempo intercorrente tra costituzione dell'associazione e momento consumativo del reato fine potrebbe escludere l'applicazione dell'articolo 81, II comma, c.p.. È ben possibile, però, che, nella pratica, i reati scopo vengano delineati in un momento successivo alla deliberazione di partecipazione all'associazione e, dunque, per ciò solo essi sarebbero, alla luce della sentenza in commento, non avvinti dal vincolo della continuazione^[38].

Il Supremo Collegio, quindi, delineando i contorni e i presupposti della continuazione verticale sembra porsi in un'ottica di compromesso fra le differenti *ratio* che sono a fondamento dei due istituti: l'esigenza repressiva dell'articolo 416 *bis* c.p. può parzialmente soccombere al *favor rei* solo nel caso in cui i reati fine di cui trattasi siano stati deliberati nelle loro linee essenziali e sulla base di dati fattuali specifici non estrinsecantisi solo nel mero vincolo di strumentalità, contestualmente alla condotta associativa.

L'esito interpretativo cui sono pervenuti gli ermellini evidenzia ulteriormente l'impossibilità di fornire una soluzione generale alla *quaestio iuris* in commento, confermando la necessità di valutare caso per caso se la continuazione verticale possa essere riconosciuta e se i programmi delinquenziali di volta in volta adottati siano fra loro compatibili a tal fine.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cass. pen., Sez. I, sent. n. 7452/2020.

[2] F. MANTOVANI, Diritto Penale, Vicenza, 2017, 495.

[3] Relazione del senatore Leone al d.d.l. approvato dal senato il 2 Luglio 1971, in Riv.it.dir.proc.pen., 1971, 863 e ss.

[4] L'ammissibilità di tale continuazione appare oggi essere pacifica, si veda, in tal senso e ex multis, Cass. pen., Sez. I, sent. n. 4119/2019.

[5] In tal senso, si distingue il reato continuato c.d. omogeneo, quando le singole condotte criminose violano la medesima disposizione di legge, e reato continuato c.d. eterogeneo, quando le azioni delittuose violano differenti disposizioni normative; si veda funditus F. MANTOVANI, Diritto Penale, Vicenza, 2017, 489-490.

[6] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, Manuale di diritto penale – parte generale, Milano, 2019, 589.

[7] Prima della riforma del 1974, che ha disciplinato il reato continuato nella odierna formulazione, vi era anche un quarto orientamento, cd. cronologico, il quale riteneva necessaria anche un'unicità temporale della commissione delle varie azioni criminose. Il codice vigente, inserendo l'inciso "anche in tempi diversi", sembra rigettare tale interpretazione, sebbene, in verità, la continuità (se non unità) temporale debba ritenersi comunque un limite ontologico e logico del medesimo disegno criminoso; si v. F. MANTOVANI, Diritto Penale, Vicenza, 2017, 485.

[8] F. COPPI, Reato continuato, in Dig. d. pen., 1996, vol. XI, 227.

[9] G. FIANDACA, E. MUSCO, Diritto penale. Parte generale, Bologna, 2019, 670 e ss.

[10] F. ANTOLISEI, Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, 2003, 516 e ss.

[11] Corte cost., sent. n. 183/2013.

[12] Corte cost., sent. n. 183/2013, par. 6.

[13] Cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. n. 15955/2016; Cass. pen., Sez. I, sent. n. 11564/2012.

[14] Cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. n. 35639/2013; Cass. pen., Sez. I, sent. n. 896/2916.

[15] v. supra par. 2.

[16] D. MANZIONE, Una normativa di emergenza per la lotta alla criminalità organizzata e in trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (d.l. n. 152 del 1991 e l. n. 203 del 1991): uno sguardo d'insieme, in Leg. Pen., 1992, 852.

[17] G. TONA, I reati associativi e di contiguità, in "Trattato di diritto penale - Parte speciale", vol. III, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Milano, 2008, 1068.

[18] R. GIOVAGNOLI, Manuale di diritto penale- parte speciali, Torino, 2019, 217; ex multis e in primis Cass. pen., sent. n. 38412/2003 secondo cui, essendo l'associazione di stampo mafiosa un reato di pericolo, è da ritenersi sufficiente per l'integrazione della fattispecie che il gruppo criminale sia potenzialmente capace di esercitare intimidazione, non essendo necessario il compimento di atti specifici in tal senso.

[19] G. SPAGNOLO, Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista, in Beni e tecniche della tutela

penale, Milano, 1987, 156.

[20] Si veda G. TURONE, Il delitto di associazione mafiosa, cit., 126 e 148, ove in tema di forza intimidatrice parla di «una capacità ricollegabile alla “pubblica memoria” della sua pregressa attività sopraffattrice, e quindi ad una geniale percezione della sua terribile efficienza nell’esercizio della coercizione fisica, o comunque della sua consolidata consuetudine di violenza e prevaricazione».

[21] Cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. n. 11346/2019.

[22] Cass. pen., Sez. III, sent. n. 11570/2020.

[23] supra

[24] Si veda Cass. pen., Sez. V, sent. n. 41720/2019; Cass. pen., Sez. II, sent. n. 44854/2019.

[25] Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. n. 1964/2019.

[26] Sulle teorie in materia di condotta di partecipazione all’associazione, si veda funditus [26] R. GIOVAGNOLI, Manuale di diritto penale- parte speciali, Torino, 2019, 231; I. MERENDA, C. VISCONTI, Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416 bis tra teoria e diritto vivente, in www.penalecontemporaneo.it; nonché Cass. Pen. Sez. I, sent. n. 19778/2015.

[27] Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. n. 44854/2019.

[28] S. DEL CORSO, I nebulosi confini tra l’associazione per delinquere e concorso di persone nel reato continuato, in Cass. Pen. 1985, 625.

[29] G. SPAGNOLO, L’associazione di tipo mafioso, Padova, 1993, 154.

[30] G. INSOLERA, L’associazione per delinquere, Padova, 1983, 114.

[31] Cass. pen., Sez. V, 24.9.1985, in Cass. pen. 1986, 879.

[32] Cass. pen., Sez. I, 3.12.1987, in Cass. Pen. 1989; in tal senso anche Cass. pen., Sez. I, 19.2.1987, in Cass. Pen. 1988.

[33] Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 1474/1997.

[34] Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 3650/1997.

[35] Cass. pen., Sez. I, sent. n. 24750/2007; in tal senso anche Cass. pen., Sez. II, sent. n. 41727/2014.

[36] par. 2.3.

[37] Si ripete: «Nel caso di commissione di reati aggravati ai sensi dell’art. 416 - bis c.p., comma 1, il mero dato della strumentalità del reato rispetto al delitto associativo non è sufficiente a giustificare la sussistenza di un comune disegno criminoso, ravvisabile solo ove, con riferimento all’epoca di iniziale consumazione del delitto associativo, emergano dati significativi di una contestuale rappresentazione, nelle linee essenziali, dell’ulteriore reato».

[38] Si veda in tal senso A. DE FRANCESCO, Non sussiste continuazione, se i reati “fine” non sono stati “disegnati” al momento della costituzione del sodalizio, in *Diritto&Giustizia*, fasc. 41, 2020, 12, secondo cui «Un atteggiamento formalistico ed estremamente rigoroso, peraltro, porterebbe all’assurda conclusione che reati ‘fine’ di recente compiuti non avrebbero, laddove non vi sia stata alcuna contestazione specifica sul punto, collegamento con l’associazione, il che a rigor di logica dovrebbe portare all’assurda conseguenza che vi sarebbe solo ‘mera’

partecipazione non attiva all'associazione e che pertanto i reati commessi, essendo assai risalente nel tempo la data di ingresso nell'associazione, non potrebbero essere considerati come espressione attuale della partecipazione al consorzio criminale».

I SISTEMI ELETTORALI AL VAGLIO: TRA METODO E CONTESTO STORICO-POLITICO

L'omesso recepimento delle proposte volte a costituzionalizzare i sistemi elettorali di Camera e Senato e l'approccio oscillante della giurisprudenza costituzionale in materia hanno favorito l'ascesa delle forze politiche. Il presente contributo analizza le riforme elettorali adottate nel corso degli anni, sottolineandone il legame con il contesto storico-politico e la mancanza di un valido metodo. L'infinito riformismo elettorale, altresì, aggrava la posizione della dottrina, ancora oggi divisa tra chi evoca un ritorno all'impianto proporzionale e chi ritiene opportuno affidarsi al sistema maggioritario.

autore **Luana Leo**



Abstract ENG

L'omesso recepimento delle proposte volte a costituzionalizzare i sistemi elettorali di Camera e Senato e l'approccio oscillante della giurisprudenza costituzionale in materia hanno favorito l'ascesa delle forze politiche. Il presente contributo analizza le riforme elettorali adottate nel corso degli anni, sottolineandone il legame con il contesto storico-politico e la mancanza di un valido metodo. L'infinito riformismo elettorale, altresì, aggrava la posizione della dottrina, ancora oggi divisa tra chi evoca un ritorno all'impianto proporzionale e chi ritiene opportuno affidarsi al sistema maggioritario. The failure to implement the proposals aimed at constitutionalizing the electoral systems of Chamber and Senate and the oscillating approach of the constitutional jurisprudence on the subject have favored the rise of political forces. This contribution analyzes the electoral reforms adopted over the years, underlining the link with the historical political context and the lack of a valid method. The infinite electoral reformism also aggravates the position of the doctrine, still today divided between those who evoke a return to the proportional system and those who consider it appropriate to rely on the majority system.

Sommario: 1. I sistemi elettorali: definizione e raffronto con il diritto elettorale; 1. 2. Due famiglie di sistemi elettorali; 2. I sistemi elettorali italiani: la Prima Repubblica; 3. La transizione dell'impianto elettorale: il c.d. Mattarellum; 4. Il Porcellum e le sue drastiche conseguenze sul sistema elettorale italiano; 5. L'Italicum: un passo in avanti o indietro?; 6. Il Rosatellum-bis: un sistema elettorale pieno di "spine"; 7. Conclusioni: le "ferite" del riformismo elettorale ed il labile confine diritto-politica.

1. I sistemi elettorali: definizione e raffronto con il diritto elettorale

Con l'espressione "sistema elettorale" si intende, in senso ampio, tutto ciò che coinvolge il

procedimento elettorale, tra cui il diritto elettorale e l'organizzazione delle elezioni. In senso stretto, la suddetta espressione indica la modalità in cui gli elettori esprimono il loro voto per un partito e per i candidati e la relativa concessione dei mandati.

Essi consentono di stabilire come gli esiti del voto si convertano in mandati, il modo in cui definire i collegi, la candidatura elettorale, l'espressione del voto ed il computo dei voti medesimi ai fini dell'assegnazione dei seggi. In ordine a tali considerazioni, è possibile tracciare la differenza tra sistema elettorale e diritto elettorale. Con riguardo a quest'ultimo, appare opportuno non trascurare che le leggi elettorali stabiliscono i limiti e le condizioni dello stesso. Il diritto elettorale, ossia il diritto di poter votare ed essere eletti, presenta una storia travagliata, soprattutto a riguardo della figura femminile.

Come noto, alle italiane il diritto di voto venne riconosciuto nel 1945: si trattava di un momento delicato per la Patria, poichè ancora interessata nel conflitto mondiale e divisa in due. La suddetta vittoria, reputata "storica", è imputabile al forte flusso di rivendicazioni provenienti dal mondo dell'associazionismo femminile nei mesi antecedenti all'emanazione del decreto.

Nel 1944 sorgono, infatti, due grandi associazioni femminili di massa: l'Unione delle donne italiane, che include tutte le donne militanti nelle organizzazioni femminili della resistenza dei Gruppi femminili di assistenza ai combattenti della liberazione, nei Gruppi di difesa della donna e nei Gruppi femminili antifascisti, ed il Centro italiano Femminile, ossia una federazione di ventisei associazioni del laicato femminile cattolico avente come punto di riferimento l'Azione cattolica. Un'eccezione è costituita dall'Associazione Nazionale Donne Elettrici, composta dalle donne non coinvolte nelle due associazioni sopracitate, perseguitante l'obiettivo di promuovere la presenza femminile nel panorama politico.

Occorre comunque segnalare la presenza di "pecche" da parte del decreto legislativo luogotenenziale 1 febbraio 1945, n. 23. In primo luogo, il decreto in discussione venne approvato con celerità, al fine di prevenire una possibile mobilitazione nazionale straordinaria. L'assenza di interesse da parte della stampa a riguardo dell'emanazione di tale decreto evidenzia l'intento di privare le donne del riconoscimento morale della conquista del diritto di voto. In secondo luogo, il decreto in esame riconosce alle donne il diritto di eleggere, ma non quello di essere elette. Sebbene una parte della dottrina imputi tale omissione ad una "clamorosa svista" [1], sembra che – a parere di chi scrive – gli uomini politici del tempo guardassero malamente una possibile "scalata sociale" delle donne.

Una conferma discende dal fatto che, soltanto un anno dopo, la lacuna viene colmata, su proposta della c.d. Consulta nazionale, prima assemblea politica alla quale prendono parte anche quattordici donne [2]. A prescindere da codesto intervento, la mancata indicazione nel decreto luogotenenziale del diritto delle donne ad essere elette evidenzia una palese

resistenza a riconoscere un'uguaglianza piena alle stesse nell'accesso alla vita pubblica; tale riluttanza è destinata ad incidere gravemente, senza sosta, sulla storia politica nazionale [3]

Tornando alla distinzione tra sistema elettorale e diritto elettorale, il primo si caratterizza per la delimitazione dei collegi elettorali a seconda dei differenti livelli (distribuzione regionale e relativa dimensione), la candidatura elettorale (singola o di liste), l'espressione del voto di cui un elettore dispone (unico voto, voto di preferenza per candidati, voti di preferenza limitati, pluralità di voti, voti alternativi, voti primari e secondari, il diritto di cumulare più voti per un unico candidato, la possibilità di esprimere preferenze a candidati di liste diverse), il cumulo dei voti (sistema maggioritario o proporzionale e le possibili combinazioni tra i vari sistemi).

I collegi e le circoscrizioni elettorali possono avere portata e dilatazioni geografiche diverse. Sotto il primo profilo, i collegi si distinguono in uninominali, in cui deve essere eletto un solo candidato, e plurinominali, in cui devono essere eletti più candidati. Ai fini della delimitazione dei collegi, si deve tener presente del rapporto tra i candidati da eleggere e gli aventi diritti al voto, in virtù del principio democratico secondo cui ogni voto dovrebbe avere lo stesso peso.

Nelle circoscrizioni plurinominali bisogna tenere conto anche dell'effettiva dimensione della circoscrizione medesima: più è ampia, più cresce il numero dei parlamentari da eleggere ed il sistema diventa proporzionale, favorendo i piccoli partiti; più è ridotta, più aumenta la soglia naturale di sbarramento, contribuendo così alla vittoria del candidato o del partito più forte.

Qualche problema deriva dalla delimitazione dei confini amministrativi delle Regioni e dalle Province, in quanto è possibile pervenire alla costituzione di ampi collegi nelle grandi città e di collegi più piccoli in provincia, con la conseguenza che i partiti più piccoli si ritrovano ad essere fortemente pregiudicati. Un ulteriore ed ultimo aspetto di cui tener conto consiste nel fatto che la dimensione del collegio non intacca solo il rapporto tra voti e mandati, ma anche quello tra elettori ed eletti. In tale senso, si pensi all'elettore di collegi uninominali di piccole dimensioni che può scegliere tra rappresentanti più conosciuti rispetto ai numerosi esponenti delle grandi circoscrizioni.

1. 2. Due famiglie di sistemi elettorali

Una volta delimitati i collegi elettorali, si provvede al computo dei voti e alla loro conversione in seggi. In linea generale, esistono due tipi di sistemi elettorali: quello maggioritario e quello proporzionale. Nel sistema maggioritario l'intero territorio nazionale viene ripartito in collegi uninominali.

All'interno di codesto sistema confluiscono due modelli diversi: il modello c.d. *plurality*, in ordine al quale tutti i seggi in palio di una circoscrizione vengono assegnati alla lista conseguente la maggioranza relativa dei voti, ed il modello c.d. *majority*, in base al quale i seggi vengono riconosciuti alla lista dotata della maggioranza assoluta dei voti. In tale ultimo caso, ove nessuno degli esponenti abbia ottenuto tale tipo di maggioranza, si provvede ad un ballottaggio, dal quale ne esce “vincitore” la persona che consegue il maggior numero dei voti validi.

Il sistema maggioritario comporta un'esaltazione eccessiva dei soggetti politici in grado di ottenere il maggior numero dei voti e, di conseguenza, un “abbattimento” di coloro che conseguono voti inferiori, i quali potrebbero anche non acquisire alcun seggio.

La Gran Bretagna è l'esempio tradizionale del sistema maggioritario a maggioranza relativa [4], mentre la Francia è incline al sistema del maggioritario assoluto, anche se fino alle elezioni regionali del 2014 ha trovato spazio il sistema proporzionale, ancora vigente per le elezioni dei membri del Parlamento europeo e per l'elezione nazionale dei senatori. Tuttavia, occorre evidenziare il largo impiego del sistema maggioritario a doppio turno sotto la Quinta Repubblica, a fronte della sua fermezza. La dottrina, molto spesso, si è interrogata su di una possibile correlazione tra sistema elettorale maggioritario e sistema costituzionale della Quinta Repubblica. In realtà, tale perplessità non trova alcun riscontro, in quanto il testo costituzionale nulla dice circa il sistema elettorale da adottare. La maggioranza delle disposizioni sul sistema elettorale, infatti, si rinviengono nella legge organica.

Al contrario, è possibile parlare di un'influenza del sistema elettorale nei confronti del regime politico. Tale circostanza trova conferma in tre situazioni derivanti dall'esperienza francese. La prima riguarda proprio la nascita della Costituzione del 1958, la quale non prevedeva nulla in ordine alla materia elettorale. Il mutamento del sistema elettorale, nonché il passaggio dal proporzionale al maggioritario, dunque, avvenne ad opera della legge. L'adozione della formula maggioritaria diede luogo a maggioranze consistenti e solide [5].

La seconda situazione concerne la riforma costituzionale del 1962, avente ad oggetto l'elezione a suffragio universale diretto del Presidente della Repubblica. In tal senso, occorre tener presente che, per poter procedere all'introduzione della suddetta modalità di elezione, si dovette apportare talune modifiche al testo costituzionale. La volontà di conferire maggior rilevanza al Capo dello Stato è rinvenibile nel *referendum* indotto dal Generale *de Gaulle*, tramite l'impiego dell'art. 11 della Costituzione, che prevede la possibilità di assoggettare a *referendum* qualunque riforma relativa all'organizzazione dei poteri pubblici, invece che l'art. 89, avente ad oggetto la tipica procedura di revisione, implicante il previo voto di ciascuna Camera del Parlamento.

La terza vicenda riguarda le elezioni dei deputati all'*Assemblée Nationale* nel 1986, le uniche svoltesi in base al sistema della rappresentanza proporzionale nel corso della Quinta Repubblica. La scelta di modificare il sistema elettorale, dovuta all'esigenza di ridurre l'effetto estensivo derivante dalla formula maggioritaria, provocò l'instaurazione di una nuova forma di governo: la "*cohabitation*" [6] . In quest'ultima, il Presidente della Repubblica e la maggioranza dell'*Assemblée Nationale* provengono da orientamenti politici opposti. Si tratta di una forma di governo ben studiata, tale da consentire al Primo ministro di governare anche in presenza di un'opposizione del Capo dello Stato. Il sistema elettorale, dunque, aveva creato confusione, lasciando intatta la Costituzione e mutando il regime politico. In tutte e tre i casi, emerge la resistenza della Quinta Repubblica, deputata a riconquistare il proprio equilibrio a fronte dei diversi sistemi elettorali.

Mentre nei sistemi maggioritari prevale chi consegue la maggioranza assoluta o relativa dei voti, nei sistemi proporzionali i seggi vengono assegnati in proporzione ai voti espressi. In tal senso, si perviene ad una corrispondenza tra il numero dei voti ottenuti da una lista ed il numero dei seggi guadagnati. Tale congruità si realizza attraverso una serie di formule, quali il metodo *d'Hondt*, il metodo di *Sainte-Lague*, il metodo del quoziente nelle sue due varianti rappresentate dal metodo del quoziente e dei più alti resti e dal metodo del quoziente corretto. In tutte le formule sopraindicate, l'elemento di calcolo è dato dalla cifra elettorale, equivalente al numero dei voti conseguiti da ogni lista. In particolare, nel metodo *d'Hondt* essa viene divisa per numeri progressivi, delineando posteriormente una graduatoria dei quozienti più alti, in un numero corrispondente ai seggi da assegnare. Tale procedimento vige anche per il metodo di *Sainte-Lague*, con una differenza: quest'ultimo ricorre ai divisori dispari.

Nel metodo del quoziente, invece, l'elemento di calcolo viene diviso per il quoziente elettorale, il quale è dato dalla divisione tra il totale dei voti validi ed il numero dei seggi da conferire. Dalla divisione tra cifra elettorale di lista e quoziente elettorale scaturisce il numero dei seggi da attribuire. Una questione spinosa concerne gli ipotetici resti di tale divisione e di conseguenza l'assegnazione dei seggi residui. In codesto caso, è possibile agire in due modi: il primo prevede che i seggi residui vengano concessi alle liste conseguenti i resti più elevati; il secondo, invece, implica una divisione tra la cifra elettorale generale ed il numero dei seggi da ripartire, incrementato di una o più unità [7] .

Spagna e Portogallo adottano un proporzionale corretto, mentre Paesi Bassi ed Israele prevedono un proporzionale puro, caratterizzato dalla mancanza di sbarramenti. Una delle caratteristiche peculiari della materia elettorale spagnola attiene alla presenza della stessa nel testo costituzionale. In Spagna, dunque, è la Costituzione ad occuparsi della disciplina elettorale; essa definisce una serie di condizioni volte a limitare la discrezionalità del legislatore. Il tratto originario della normativa elettorale spagnola risiede nel richiamo in Costituzione del principio della proporzionalità [8] , nonostante risulti mitigato da fattori

c.d. di “maggioritarizzazione”. La sussistenza del principio in questione nel dettato costituzionale costituisce il segnale di una rottura con il passato e con l’orientamento politico del tempo [9] .

Appare necessario marcare la presenza di formule elettorali “miste” caratterizzate da meccanismi maggioritari e proporzionali. La dottrina prevalente qualifica come “misto” il sistema elettorale tedesco [10] . Una corrente di pensiero ritiene [11] che, in concreto, non esistano sistemi misti, bensì sistemi maggioritari e proporzionali più o meno corretti. La stessa voce, altresì, non considera il sistema elettorale tedesco come misto, definito anche “proporzionale personalizzato” [12] . Tale sistema – a parere di chi scrive – appare solo formalmente misto: si tratta piuttosto di un sistema di tipo proporzionale con collegi uninominali [13] .

In tale senso, una parte della dottrina osserva che il sistema elettorale tedesco unisce *“in modo molto razionale un sostanziale proporzionalismo con l’effetto psicologico dei duelli uninominali e la barriera selettiva della soglia di esclusione. Si tratta di elementi che si connettono con il corpetto istituzionale tedesco, caratterizzato dalla paura dell’instabilità”* [14] . A parte le diverse configurazioni, i sistemi elettorali in discussione si contraddistinguono per le modalità di espressione del voto. Esse, infatti, condizionano la “compenetrazione” tra le varie anime del sistema elettorale, risultando “massima” l’impresa nei sistemi fusi incentrati sul voto unico; “media” nei sistemi “a combinazione” basati su più voti autonomi; e “minima”, nei sistemi giustapposti imperniati su più voti distinti [15] .

2. I sistemi elettorali italiani: la Prima Repubblica

La Costituzione Repubblicana del 1948 non contiene alcun riferimento in ordine al sistema elettorale [16] . Essa, infatti, si limita a qualificare il voto come *“personale ed eguale, libero e segreto”* [17] . Prima di analizzare i differenti sistemi elettorali adottati nella storia della Repubblica d’Italia, occorre spiegare tali concetti. Il voto è “personale”, dal momento che deve essere esercitato personalmente, salvo che si tratti di soggetti fisicamente impediti [18] .

È “eguale”, nel senso che ciascun voto – a prescindere dalla posizione personale del singolo – presenta lo stesso valore di tutti gli altri. Di conseguenza, non sono ammessi il voto plurimo, che si ha quando al voto dell’elettore che si trova in determinate condizioni personali e sociali viene riconosciuto un valore maggiore all’unità ed il voto multiplo, che si ha quando ad un elettore è consentito di votare in più collegi.

È “libero”, nel senso che non solo le leggi elettorali, ma anche l’intero ordinamento devono evitare che la persona patisca forme di pressione oppure di coazione a vantaggio di un partito o di un candidato. Infine, il voto è “segreto”, in quanto deve esserne garantita la libertà.

La segretezza del voto viene assicurata dalla stesura della scheda di Stato e dalle cabine elettorali in cui l'elettore deve isolarsi per esprimere il suo voto. A tal riguardo, si segnala che il decreto legge 1 aprile 2008, n. 49, convertito in legge 30 maggio 2008, n. 96, al fine di garantire la segretezza del voto, ha stabilito il divieto di introdurre all'interno delle cabine elettorali telefoni cellulari o ulteriori apparecchiature capaci di riprodurre o registrare immagini. In tale scenario, trova spazio un altro principio di rilevanza costituzionale, nonché quello del voto [19] diretto: l'elettore deve essere libero di scegliere in maniera autonoma i propri rappresentanti. In base a tali considerazioni, si comprende l'iniziale preferenza nei riguardi di un sistema proporzionale. Il decreto luogotenenziale 10 marzo 1946, n. 74 [20], approvato dalla Consulta Nazionale il 23 febbraio 1946, adottava un criterio proporzionale puro.

La scelta in favore di una formula proporzionale dipese dalla mancanza in essa di elementi distorsivi della rappresentanza proporzionale. Analogamente, la legge 20 gennaio 1948, n. 6, per la Camera dei Deputati e la legge 6 febbraio 1948, n. 29, per il Senato della Repubblica comportavano l'assegnazione dei seggi con sistema proporzionale. Per quanto concerne la prima, il territorio nazionale venne frazionato in circoscrizioni elettorali: in esse, ogni partito presentava le liste con i rispettivi rappresentanti. Alla luce di ciò, venivano eletti deputati i soggetti che avevano conseguito un numero superiore di voti per ciascuna lista [21].

Con riguardo al Senato, invece, ogni Regione veniva ripartita in collegi uninominali a seconda dei seggi assegnati a ciascuna di essa. Per il singolo collegio, il candidato risultava eletto una volta ottenuto il 65 % dei voti. Trattandosi di una soglia impensabile da raggiungere, i seggi venivano ripartiti a seconda della percentuale conseguita in termini di voti da ogni gruppo di candidati che operava alla stregua di una lista. I candidati venivano eletti senatori ove ottenevano le più alte percentuali di voti nei rispettivi collegi, in conformità dei seggi conferiti proporzionalmente a ciascun gruppo di candidati [22].

Occorre segnalare che, nei primi anni '50 del XX secolo scorso, vennero compiuti dei tentativi diretti a deviare la logica proporzionale, mediante l'introduzione di un premio di maggioranza di natura eventuale. Nel 1953, il Parlamento, in vista delle elezioni, approvò una riforma elettorale intenta a ridurre la rappresentanza parlamentare dei diretti avversari politici dell'Esecutivo in carica, apportando talune variazioni al precedente sistema proporzionale [23].

La c.d. legge Truffa disponeva l'introduzione, per l'elezione della Camera dei Deputati, di un premio di maggioranza che sarebbe stato concesso alla coalizione politica che avesse ottenuto il 50 % più uno dei voti validi [24]. La legge in esame si rivelò un totale fallimento: la coalizione politica di centro non ottenne la maggioranza assoluta dei voti [25] e di conseguenza si pervenne, ancora una volta, al sistema proporzionale. L'idea della truffa

deve essere intravista nel suo essere predisposta in virtù di una competizione “truccata”: in realtà, soltanto la maggioranza centrista poteva avere successo; gli schieramenti, infatti, erano arrestati al punto che la legge risultava redatta con l'intento di giungere al salto di qualità dell'alleanza dei partiti apparentati, destinati comunque ad essere maggioritari, nella forte convinzione che il principio del 50% più uno avrebbe attribuito piena legittimità all'assemblea che si doveva andare ad eleggere [26] .

Un dato interessante consiste nella presa d'atto di Alcide De Gasperi dinnanzi agli esiti delle urne; egli, pur ammettendo i vari limiti del sistema politico nazionale, era consapevole che le forzature avrebbe finito per delegittimare l'operato del Governo. L'impianto proporzionale, ripristinato dal D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, rimase in vigore fino al *referendum* abrogativo del 1953 che accoglieva un sistema elettorale maggioritario. Dal quadro appena delineato si evince l'eccellente implementazione del principio di rappresentatività democratica insito nei principi fondanti l'ordinamento costituzionale. Tale circostanza trova conferma nell'assenza di una lista conseguente il 50% più uno dei voti validi, richiedendo accordi così post-elettorali di natura programmatica che risultassero politicamente sostenibili e numericamente adeguati ad esprimere un voto di fiducia al Governo [27] .

I grandi partiti politici della prima Repubblica ritenevano che il sistema elettorale del tempo dovesse offrire una garanzia della democrazia partecipativa e del pluralismo partitico. La scelta dell'impianto proporzionale era influenzata dal clima storico-politico in cui i Costituenti operavano: da un parte, il ventennio fascista e la volontà di riesumare la centralità del Legislativo a danno del Governo; dall'altra, le incertezze e le diffidenze che iniziavano a manifestarsi con l'inizio della Guerra fredda [28] . A tal proposito, appare opportuno ricordare che, a partire dal 1945, il mondo era diviso in due grandi blocchi: da un lato, quello Atlantico, con a capo gli Stati Uniti d'America e dall'altro quello Sovietico, spettante all'URSS. Considerato che, l'Italia, rientrava nel primo blocco, occorreva prevenire un'ascesa al potere da parte del partito comunista, in modo tale da non intaccare l'assetto dei sottili equilibri internazionali. Il ricorso al sistema proporzionale [29] aveva portato ad una serie di alleanze politiche, dalle quali era escluso proprio quest'ultimo partito. Fatta eccezione per la redazione e l'approvazione della Costituzione del 1948, il partito comunista italiano venne relegato all'opposizione: il potere era interamente nelle “mani” della Democrazia Cristiana.

3. La transizione dell'impianto elettorale: il c.d. Mattarellum

Il 6 agosto 1993 comparivano sulla Gazzetta Ufficiale le leggi nn. 276-277, contemplanti la nuova normativa elettorale per il Senato e la Camera dei Deputati.

Prima di esaminare codesta disciplina, occorre evidenziare che, sotto la spinta della guerra fredda e delle trasformazioni [30] dell'apparato politico-ideologico, il sistema elettorale

italiano inizia ad assumere le sembianze di un maggioritarismo di tipo funzionale, per il tramite di talune novità: si pensi, ad esempio, alle riforme regolamentari che, dal 1988 in poi, hanno conferito al Governo un ruolo rilevante nella programmazione dei lavori parlamentari; alla legge di disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri [31] ; ancora, alla semplificazione delle procedure di bilancio. Il declino della formula proporzionale si realizza in più momenti: con la nuova legge sull'ordinamento delle autonomie locali [32] , che potenzia il rapporto tra cittadino e amministrazione locale; più avanti, con l'abrogazione della preferenza plurima nella legge elettorale della Camera dei deputati, dando luogo ad un sistema proporzionale a preferenza unica impiegato soltanto nel 1992; infine, con l'apertura dell'inchiesta della magistratura sui fenomeni di corruzione (c.d. "Tangentopoli").

La logica proporzionale risulta intaccata anche da altri due fattori. In primo luogo, la crisi economica del 1991-1992, causata dall'alto debito pubblico, ridusse considerevolmente la possibilità di avvalersi dei fondi pubblici senza alcuna contenimento. In secondo luogo, il *referendum* del 1993 abroga la legge elettorale per il Senato, adottando un sistema elettorale sostanzialmente di tipo maggioritario [33] , mentre la proposta referendaria, diretta ad abrogare taluni articoli della legge 2 maggio 1974, n. 195, in merito al "*Contributo dello Stato al finanziamento dei partiti politici*", intende sopprimere il finanziamento pubblico e diretto ai partiti. Il nuovo sistema elettorale, noto come "*Mattarellum*" [34] , prevedeva un meccanismo di tipo misto, prevalentemente maggioritario, con una quota proporzionale, caratterizzato dall'attribuzione del 75% dei seggi in collegi maggioritari di tipo uninominale e dall'assegnazione dei seggi residui in circoscrizioni non regionali, su base proporzionale, tra liste concorrenti.

Con riguardo alla Camera, accedevano alla ripartizione dei seggi le liste che raggiungevano la soglia di sbarramento del 4%, con l'applicazione successiva del meccanismo del c.d. "scorporo", in base alla quale a ciascuna lista venivano sottratti i voti conseguiti dal rappresentante alla stessa associato. Al Senato [35] , invece, una volta appurato il numero di posti spettanti in ordine ai voti realizzati nei collegi carenti di eletti, venivano nominati i migliori perdenti, sopraffatti nell'uninominale.

Come evidenziato da una parte della dottrina, la storia della Repubblica d'Italia è racchiusa tra due *referendum*: quello istituzionale del 2 giugno 1946 e quello elettorale del 18 aprile 1993: il primo dava luogo ad un nuovo ordinamento, mentre il secondo instaurava in esso una radicale frattura, innescando una lunga fase di transizione [36] .

Dall'introduzione del sistema elettorale maggioritario ne discese la formazione di un nuovo Governo presieduto da Carlo Azeglio Ciampi: era il primo dei due gabinetti "presidenziali", contraddistinti dalla peculiarità di essere costituiti da ministri non politici e, dunque, tecnici. Le due leggi elettorali vengono presto affiancate dalla legge 10 dicembre 1993, n. 515,

relativa alla normativa delle campagne elettorali per le elezioni politiche: essa pone in risalto il ruolo strategico assunto dalla regolamentazione della campagna elettorale e dall'impiego dei media. Qualche anno dopo, ad essa si aggiunse la legge 2 gennaio 1997, n. 2, che, pur ripristinando il finanziamento pubblico ai partiti (sotto forma di rimborsi elettorali), tendeva ad appoggiare un meccanismo partitico in via di ricostruzione.

Le leggi elettorali sopraindicate intendevano sollecitare le forze politiche verso una concezione bipartitica. In verità, non si concretizzava un vero e proprio bipartitismo, in quanto i partiti [37] di ciascuna coalizione stringevano accordi preventivi ai fini della scelta dei soggetti da candidare in ogni collegio uninominale, spartendo le nomine tra le componenti della coalizione in rapporto alla forza politica reputata propria di ogni partito. Passando alla pratica, l'elettore, manifestando una scelta per la coalizione nel suo collegio, inevitabilmente votava per l'unico rappresentante presentato dalla coalizione, a prescindere dal partito di appartenenza.

Una tattica simile mirava a garantire il mantenimento della pluralità politica: in tal senso, si rilevava, infatti, un alto [38] numero di gruppi parlamentari. In tale periodo, si credeva [39] di adottare un sistema maggioritario apportando talune modifiche alla legge elettorale, trascurando una realtà di multipartitismo e senza intervenire sulle regole costituzionali in materia di forma di governo, pensate per una legge elettorale proporzionale. La transizione da un sistema proporzionale ad uno di tipo maggioritario, definita in dottrina come "seconda Repubblica" [40], presentava numerose pecche, tali da suscitare forti perplessità sulla reale necessità del nuovo impianto. Una questione peculiare riguardava il tipo di vincoli gravanti sul Parlamento, nel caso in cui avesse voluto legiferare in materia elettorale.

Sul tema, si affacciarono due tesi. Secondo la prima, il legislatore incontrava un solo limite negativo, di natura politica, rappresentato dall'impossibilità di reintrodurre la normativa abrogata in sede referendaria; in compenso, egli beneficiava di una considerevole discrezionalità in termini di innovazione della disciplina [41].

Una seconda visione, invece, riteneva che il legislatore doveva sottostare alla pronuncia popolare: il sistema elettorale con formula mista, dunque, costituiva un limite positivo. Stando alle "storiche" parole dell'allora Presidente della Repubblica Oscar Luigi Scalfaro, per il quale *"la legge elettorale dovrà essere scritta sotto la dettatura della volontà popolare"*, sembra che prevalse quest'ultima impostazione. L'intento primario degli uomini politici del tempo, nonché quello di favorire la formazione di un nuovo sistema politico-partitico tramite la forza conformativa delle recenti leggi elettorali e la mutazione della logica politica sottesa al metodo di trasformazione dei voti in seggi, si rivelò un vero e proprio fallimento [42].

4. Il Porcellum e le sue drastiche conseguenze sul sistema elettorale italiano

Il mancato successo dell'impianto maggioritario e bipolare ha inciso drasticamente sulle due legislature aperte con le elezioni del 1996 e del 2001. In tale periodo, affiorarono tutti i limiti dell'impiego dei sistemi elettorali quali strumenti per influire sul funzionamento della forma di governo. La nuova legge elettorale 21 dicembre 2005, n. 270, fortemente desiderata dalla maggioranza di centro-destra [43], ripropone un "falso" proporzionale [44], associato da un doppio "correttivo": il primo, rappresentato da un premio di maggioranza di 340 seggi, pari a circa il 55% del totale, a favore della lista o coalizione vincitrice; il secondo, costituito da svariate soglie di sbarramento, diversificate a seconda dell'adesione o meno di un partito politico ad una coalizione elettorale.

Le prime tre applicazioni di tale sistema, nelle elezioni del 2006, del 2008 e del 2013, hanno posto in luce le qualità, ma soprattutto le debolezze. Con riguardo ai primi, la suddetta legge ha avallato la propensione alla bipolarizzazione del sistema politico italiano, iniziata nel 1993.

Tuttavia, a differenza di quest'ultima, la legge in esame intendeva potenziare le singole identità partitiche. Il nuovo sistema elettorale, dunque, incitava ciascun partito politico a formare una propria lista autonoma e ad associarsi ad altre liste per creare una coalizione, con preventiva indicazione di un *leader* e di un programma *standard*.

Per quanto concerne i secondi, la legge in discussione non ha saputo contenere la frammentazione delle forze politiche: da un lato, le coalizioni appaiono caratterizzate da un numero elevato di liste, dall'altro, esse tendono comunque a sciogliersi successivamente alle elezioni. Tale legge, nota come "*Porcellum*", venne aspramente criticata per le differenze tra i sistemi elettorali di Camera e Senato. In quest'ultimo, alla coalizione di liste (o alla lista) che aveva conseguito il maggiore numero di voti in una Regione venivano assegnati ulteriori seggi, in modo tale da consentire a detta coalizione di acquisire il 55% dei seggi attribuiti alla Regione.

I residui seggi venivano ripartiti tra le altre forze politiche conseguenti la soglia di sbarramento fissata, in conformità al numero di voti validi ottenuti. Per la Camera dei Deputati, invece, i seggi erano assegnati ad ogni coalizione di liste (o alla lista) giunta alla soglia di sbarramento fissata, in proporzione al numero di voti validi ottenuti. Alla luce di ciò, il sistema elettorale del Senato si configurava come una vera e propria "lotteria": a differenza di quest'ultimo, alla Camera c'era sempre un vincitore. Un altro aspetto piuttosto critico riguardava la modalità di attribuzione del premio di maggioranza, spettante alla lista o coalizione con più voti, anche se esigui. In tal senso, una distorsione tra voti e seggi potrebbe incidere sugli equilibri del sistema costituzionale italiano.

Taluni dubbi sono stati sollevati anche in ordine alla conformità del modello di competizione con il meccanismo di soglie e gli incentivi all'aggregazione. Infine, un

elemento controverso era rappresentato dalla lista bloccata, in quanto l'elettore si esprimeva su di una delle liste in corsa ma non poteva manifestare alcuna preferenza per i candidati. Per tale motivo, la legge in discussione venne identificata come uno strumento volto ad attribuire ai partiti politici una posizione di maggior supervisione [45] .

Da qui, emerge la figura del *leader*, un soggetto in grado di concentrare attorno a sé un alto numero di consensi. Oltre a tali profili, merita attenzione la questione relativa alla regolamentazione elettorale “di contorno”, nonché quell'insieme di norme che, pur non attenendo direttamente all'impianto elettorale, contribuiscono al regolare assolvimento della campagna elettorale.

A fini di logica, un mutamento del sistema elettorale dovrebbe essere accompagnato da un'organica opera di revisione della regolamentazione di contorno. In materia di ineleggibilità, la suddetta legge ha introdotto una novità poco sensata. In base alla relativa disciplina legislativa, le cause di ineleggibilità non producono effetti nei confronti di coloro che abbiano cessato di espletare le funzioni almeno 180 giorni prima della scadenza naturale della legislatura.

La legge in discussione, invece, ha previsto che le cause di ineleggibilità non producono effetti, nelle ipotesi di scioglimento anticipato del Parlamento, laddove le funzioni costituenti la causa dell'ineleggibilità vengano cessate entro i sette giorni conseguenti alla pubblicazione del decreto di scioglimento delle Camere. Considerato che, il fine dell'ineleggibilità dovrebbe essere quello di salvaguardare il voto da eventuali influenze, sembra inappropriato – a parere di chi scrive – far combaciare tale tutela con il solo periodo della stagione elettorale.

Appare scontato che, una normativa di “contorno” prevista per uno scenario caratterizzato dalla presenza di una legge sostanzialmente maggioritaria, non possa trovare concretizzazione all'interno di un quadro del tutto mutato. Al pari del “*Mattarellum*”, anche il suddetto sistema elettorale non è riuscito a garantire il conseguimento dell'obiettivo della “governabilità”. Sotto tale profilo, una parte cospicua del panorama giudico intravede un potenziamento della governabilità del sistema politico in due opposte soluzioni: la prima, consiste nell'elezione diretta del capo dell'Esecutivo; la seconda, invece, riguarda l'adozione di taluni meccanismi, tra cui il voto di fiducia al solo *Premier*, poteri di nomina e di revoca, il potere di scioglimento, sfiducia costruttiva [46] .

Le varie criticità sopraindicate hanno condotto la Corte Costituzionale ad accogliere la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Cassazione su talune disposizioni della legge elettorale in questione. Si tratta delle disposizioni relative al premio di maggioranza di Camera e Senato, in ragione della mancanza di una soglia minima per la sua assegnazione, e di quelle che non autorizzano l'elettore a manifestare una preferenza. In prima battuta, la Corte ha ritenuto incostituzionale il premio di maggioranza in sé, ma solo

in quanto la legge non ha prescritto un correttivo funzionale ad assicurare una realistica rappresentatività delle assemblee secondo le indicazioni del corpo elettorale, quale il conseguimento di una soglia minima di voti relativi alla lista o alla coalizione di maggioranza relativa [47] .

In seconda battuta, il Giudice delle Leggi sostiene che *“alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, manca il sostegno della indicazione personale dei cittadini, che ferisce la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione”*, intaccando *“per l’intero complesso dei parlamentari il rapporto di rappresentanza fra elettori ed eletti”*, *“coartando la libertà di scelta degli elettori nell’elezione dei propri rappresentanti in Parlamento, che costituisce una delle principali espressioni della sovranità popolare”*, con conseguente contraddizione del principio democratico e violazione del diritto di voto. La scelta della Consulta a favore della preferenza unica ha indotto parte della dottrina ad interrogarsi sulle relative ragioni. In un primo momento, essa è stata valutata come meno invasiva rispetto ad altre soluzioni, ma la realtà sembrerebbe essere un’altra [48] .

5. L’ Italicum: un passo in avanti o indietro?

Trascurando completamente le radicali illegittimità riscontrate dalla Corte Costituzionale nel sistema elettorale del 2005, quello successivo non ha apportato alcun tipo di miglioramento. La legge 6 maggio 2015, n. 52, comunemente nota come *“Italicum”*, costituiva un’evoluzione pessima di quella antecedente, tanto da assumere le sembianze di un *“Porcellum”* mascherato.

Essa prevedeva un sistema proporzionale a doppio turno a correzione maggioritaria, assistito da premio di maggioranza, soglia di sbarramento e cento collegi plurinominali con i capilista bloccati. La suddetta legge, dunque, riprendeva dai sistemi precedenti l’obiettivo di pervenire ad un maggioranza parlamentare ricavata dall’esito elettorale, nonché di favorire un sistema politico bipolare con pochi partiti. Tuttavia, la legge n. 52/2015 si differenziava da quella del 1993 e da quella del 2005, per riprendere la logica della c.d. *“legge Truffa”* del 1993.

Al pari di quest’ultima, infatti, la legge in questione prevedeva regolamentava soltanto la legislazione elettorale della Camera dei deputati. Tale legge stabiliva un doppio turno elettorale, limitato alla competizione tra liste di partito: il primo riguardava tutte le formazioni politiche e mirava ad attribuire alla lista vincitrice con almeno il 40% dei voti validi un premio del 15%, tale da disporre del 55% dei seggi della Camera dei Deputati; il secondo turno, invece, era vincolato al mancato conseguimento di tale soglia elettorale ed era circoscritto al ballottaggio tra le due liste più votate, assicurando così a quella vincente lo stesso premio anche in mancanza di una soglia minima di voti. Nell’ottica del legislatore, tale legge avrebbe dovuto armonizzarsi con la riforma costituzionale del Senato non elettivo; per tale motivo, l’entrata in vigore era fissata un anno dopo l’approvazione della

medesima, al fine di consentire al legislatore di “portare a casa” la legge di revisione costituzionale del Senato, evitando così di giungere alle successive elezioni con due leggi elettorali diverse tra Camera e Senato.

Occorre chiarire che, la presenza di sistemi elettorali differenti in un sistema bicamerale paritario non è in sé incostituzionale. Come evidenziato da una parte della dottrina [49], il dubbio di costituzionalità affiora se uno dei due sistemi attenua rappresentatività e voto eguale in vista dell’obiettivo della governabilità.

Alla luce di ciò, sarebbe stato opportuno procedere prima alla riforma del Senato abolendone l’elezione diretta, e solo più avanti all’approvazione di una legge elettorale per la Camera dei Deputati.

Il quadro normativo era completato da due discussi elementi: da un lato, la clausola di sbarramento del 3% dei voti validi a livello nazionale – che doveva essere conseguita per essere ammessi all’assegnazione dei seggi; dall’altro, il voto di preferenza, tradotto nella forma della doppia preferenza di genere. Stando a tale schema, la legge n. 52/2015 soddisfa soltanto apparentemente i presupposti di costituzionalità invocati dalla sentenza n. 1/2014 per la legge elettorale parlamentare. Una lettura scrupolosa della legge elettorale in commento favorisce l’individuazione di vari difetti.

Con riguardo al rispetto del principio di eguaglianza del voto, pur non mettendo in discussione l’introduzione di una soglia di voti validi alquanto elevata per la concessione del premio di maggioranza, appare necessario tenere in considerazione un dato di notevole rilievo: l’assegnazione dello stesso non combacia con la volontà dell’elettore. Da ciò ne deriva che, tale legge ripone particolare attenzione alla governabilità piuttosto che alla rappresentanza. Relativamente alla garanzia del principio della libertà di voto, una parte della dottrina ritiene che i tecnicismi della legislazione elettorale sembrano determinare uno iato tra il modo in cui l’elettore avverte il funzionamento del meccanismo di ripartizione dei seggi, da un lato, e l’effettivo operare di quest’ultimo, da un altro [50].

Come noto, il destino del sistema elettorale in esame è stato lo stesso della riforma costituzionale. Quest’ultima è stata respinta nel *referendum* confermativo del 4 dicembre 2016, mentre la legge n. 52/2015 è stata assoggettata al giudizio della Corte Costituzionale. Prima di entrare nel merito della suddetta sentenza, appare opportuno delineare anche i motivi che spinsero il legislatore ad approvare tale sistema elettorale. In primo luogo, la legge n. 52/2015 adempie al principio della stabilità di Governo: come già riportato, la componente politica uscita vincitrice dalle elezioni dispone di una maggioranza parlamentare ampia, tale da consentirle di guidare in maniera autonoma un Esecutivo.

Il legislatore mirava a “snellire” il sistema politico italiano, limitando il numero di rappresentanti politici e promuovendo il partitismo, a detrimento delle coalizioni politiche.

Da diverso tempo, in Italia, si prova a riconsiderare il sistema politico mediante la legislazione elettorale.

Un atteggiamento del genere, però, incoraggia la formazione di liste di coalizioni. Per tale ragione, sarebbe stato opportuno – a parere di chi scrive – adottare delle norme che tentassero di combinare la rappresentatività con la governabilità. In secondo luogo, la legge n. 52/2015, pur favorendo la contrazione del pluralismo partitico, stimola i partiti più piccoli a mettersi in “luce”.

La previsione di un Parlamento costituito da un orientamento politico dominante e da molteplici e deboli minoranze non è tollerabile, poichè renderebbe ardua la formazione di un’opposizione ragionevolmente solida da potersi presentare come una valida alternativa rispetto alla maggioranza.

Il legislatore, dunque, avrebbe dovuto alzare la soglia di sbarramento, al fine di evitare la costituzione plurima di liste poco consistenti, valorizzando l’opposizione. Come già accennato in precedenza, la Corte Costituzionale, con la sentenza 9 febbraio 2017, n. 35, ha dichiarato l’incostituzionalità parziale della legge elettorale 6 maggio 2015, n. 52 [51].

In particolare, la pronuncia della Consulta si contraddistingue per il venir meno di due elementi caratterizzanti il sistema elettorale in commento: da un lato, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la disposizione del turno di ballottaggio per il conferimento del premio di maggioranza; dall’altro, è stata rimossa la possibilità per i pluricandidati di scegliere liberamente il collegio di elezione. Sotto il primo profilo, la Corte ha rilevato nel meccanismo del ballottaggio *“un effetto distorsivo analogo”* a quello già previsto dalla precedente legge, nonché una *“eccessiva sovrarappresentazione della lista di maggioranza relativa”*. La Corte, altresì, ha precisato come *“spetti all’ampia discrezionalità del legislatore la scelta se attribuire il premio ad una singola lista oppure ad una coalizione tra liste, al quale il giudice costituzionale, nel rigoroso rispetto dei propri limiti d’intervento, non può sostituirsi”*.

La decisione tra premio di lista e premio di coalizione, dunque, è neutra in punto di legittimità costituzionale; alla giurisprudenza costituzionale, infatti, spetta solo il compito di attuare *“un controllo di proporzionalità riferito alle ipotesi in cui la previsione di una soglia irragionevolmente bassa di voti per l’attribuzione di un premio di maggioranza determini una tale distorsione della rappresentatività da comportarne un sacrificio sproporzionato, rispetto al legittimo obbiettivo di garantire la stabilità del governo del Paese e di favorire il processo decisionale”* [52].

Per quanto concerne il secondo profilo, la Corte non ha concesso una risposta esaustiva in ordine alle candidature bloccate che – a parere di chi scrive – non dovrebbero sussistere, salvo una ricostruzione del sistema come maggioritario con collegi uninominali e candidati

di coalizione. Tale pronuncia, come facilmente intuibile, è foriera di spunti e critiche. Tuttavia, essa merita considerazione non solo per quanto statuito, ma anche e soprattutto per quanto non detto. Una prova di ciò è data dal numero eccessivo di rinvii alla sentenza n. 1/2014.

6. Il Rosatellum-bis: un sistema elettorale pieno di “spine”

Nel ottobre del 2017, il Parlamento ha approvato, con il concorso di quasi tutti i principali partiti politici, la sesta riforma elettorale. La legge 3 novembre 2017, n. 165 [53], ha introdotto un sistema elettorale misto: un terzo di deputati e senatori viene eletto in collegi uninominali, mentre i restanti due terzi vengono eletti con un sistema proporzionale di lista. Tale impianto segna una rottura con la logica dei precedenti sistemi elettorali: da un lato, non vi è più traccia del premio di maggioranza [54] presente nelle ultime due leggi elettorali; dall'altro, appare ridotta la componente maggioritaria uninominale prevista nelle risalenti leggi nn. 276 e 227 del 1993.

La suddetta legge, altresì, contempla una duplice soglia di sbarramento: del 3% dei voti validi a livello nazionale per ogni lista; e del 10 % dei voti validi per le coalizioni formatesi in modo uniforme sul territorio nazionale. Il superamento della soglia del 10% da parte delle coalizioni di liste, dalle quali rimangono escluse le liste conseguenti su scala nazionale un esito inferiore all'1%, comporta che all'interno di quest'ultime almeno una lista collegata abbia raggiunto la soglia del 3% sul territorio nazionale.

Con riguardo ai singoli candidati, la legge in commento prevede il sistema delle “liste bloccate”: all'elettore è sottratta la scelta del candidato da votare nel collegio plurinominale, “coperta” da un elenco ristretto di nominativi, tale da consentire quella conoscibilità reclamata dalla giurisprudenza costituzionale [55].

Un aspetto fondamentale consiste nella parziale indipendenza delle componenti maggioritaria e proporzionale. In tale senso, i candidati nei collegi uninominali vengono appoggiati da una o più liste concorrenti nel proporzionale. La tecnica del voto congiunto [56] “abbindola” l'elettore: il voto per una lista viene trasferito automaticamente al candidato di collegio cui essa risulta collegata e viceversa.

Nell'ipotesi di coalizioni partitiche a sostegno del candidato di collegio, il voto espresso verso quest'ultimo viene ripartito pro-quota tra tutte le liste della coalizione, in conformità ai voti che tali liste ottengono nel collegio.

La legge in discussione incarica il Governo di provvedere alla definizione dei collegi uninominali e plurinominali nell'ambito delle circoscrizioni in cui viene suddiviso il territorio nazionale, pari a 28 per la Camera ed a 20 per il Senato, relativi al territorio di ciascuna Regione, sulla base dei principi e criteri direttivi fissati. A tal proposito, la legge n.

165/2017 prevede che, in virtù della redazione dello schema di decreto legislativo, l'Esecutivo venga assistito da una commissione formata da dieci tecnici, diretta dal Presidente dell'ISTAT; le commissioni parlamentari sono tenute, entro quindici giorni dalla trasmissione dello schema di decreto legislativo, ad esprimere un parere, la cui omessa osservanza genera, per il Governo, un obbligo di congrua motivazione.

Prima di delineare gli aspetti critici della legge in esame, appare opportuno segnalare gli obiettivi perseguiti dalla stessa. Innanzitutto, essa traccia due sistemi elettorali affini per Camera e Senato, in modo tale da abbandonare la logica tipica della legislazione elettorale italiana, che prevedeva due sistemi elettorali differenti tra di loro. Sotto tale profilo, una parte della dottrina invita a riflettere sulla diversità dei corpi elettorali dei due rami del Parlamento, nonché sulla sua stabilità [57] .

Oltre a sacrificare il premio di maggioranza, l'approvazione della legge n. 165/2017 ha "spazzato" via i dubbi manifestati su di un'inettitudine del Parlamento. Tuttavia, occorre comunque prevenire una potenziale sottoposizione di tale legge al sindacato della Corte Costituzionale: un terzo "rimprovero" sarebbe ingiustificabile [58] .

Come tutte le leggi elettorali, anche quella in discussione ha attirato l'attenzione del mondo politico e giuridico. In particolare, buona parte della dottrina invitava a riscrivere interamente il sistema elettorale. In tale scenario, si colloca la proposta relativa ad un modello ispirato al sistema elettorale vigente in Germania, ossia ad uno schema uniforme, chiaro e gradito, avente una base principalmente proporzionale accompagnata da appropriati correttivi. Appare opportuno segnalare che, il suddetto modello trovava il gradimento anche della classe politica.

Tale modello, dunque, non soltanto costituiva la soluzione tecnicamente migliore, ma rappresentava il punto di incontro delle forze politiche presenti in Parlamento, in quanto appoggiato anche dall'opposizione. Tuttavia, le speranze di chi intravedeva in tale strumento la via di uscita vennero vanificate: essa risultava impraticabile, così come ulteriori proposte emendative, dirette a mitigare i danni derivanti dalla nuova legislazione elettorale [59] .

Tra i molteplici aspetti critici posti in risalto dalla dottrina merita particolare considerazione la disciplina degli interventi finalizzati a promuovere una condizione di maggiore equilibrio nell'assetto interno del Parlamento. In base alla nuova legge elettorale, ciascuno dei due sessi non deve rappresentare più del 60% dei candidati delle liste nei collegi uninominali, nel totale delle candidature nelle plurinominali ed i *leader* dei listini nei collegi plurinominali non devono essere più del 60% dello stesso sesso. Inoltre, i rappresentanti nelle liste (bloccate) nei collegi devono essere situati in ordine alterato di genere "a pena di inammissibilità". Le disposizioni a tutela del principio della parità di genere, introdotte con la legge n. 165/2017, costituiscono il prodotto di un travagliato cammino cominciato con

l'approvazione da parte dell'Assemblea Costituente dell'art. 3 Cost. che proclama l'uguaglianza dei sessi di fronte alla legge. Si trattava del primo tassello in materia di parità di genere, al quale seguirono numerose leggi volte solo in parte a concretizzare quell'uguaglianza fortemente desiderata dai Costituenti [60].

Allo scopo di favorire l'effettiva parità di accesso delle donne nelle istituzioni politiche venne introdotta una misura *ad hoc*: la c.d. "quota rosa", vale a dire la riserva, all'interno delle liste elettorali, di candidature destinate a persone di sesso femminile. In tema di "quote rosa", la giurisprudenza costituzionale si è rivelata spesso incerta e contraddittoria [61], mettendo così in risalto l'effettiva difficoltà ad esprimersi sulla rappresentanza di genere nelle istituzioni politiche.

In relazione a quanto previsto dalla nuova legge elettorale in materia di parità di genere, appare opportuno riportare talune riflessioni. In primo luogo, la presenza di candidature femminili costituisce un passo in avanti rispetto al passato. In secondo luogo, la previsione dell'alternanza dei sessi all'interno delle liste plurinominale assume particolare rilevanza, poichè pone ambedue i sessi sullo stesso piano, assicurando ad essi le medesime chances di essere eletti.

7. Conclusioni: le "ferite" del riformismo elettorale ed il labile confine diritto-politica

Dal quadro delineato emerge che, la varietà dei sistemi elettorali dipende non solo dalla storia politico-sociale di un Paese, ma anche da quella legislativa. D'altro canto, il sistema elettorale *"entra a pieno titolo tra gli elementi costitutivi della forma di governo"*, data *"la sua essenzialità al fine della costituzione della rappresentanza"*, per cui *"chi agisce sul sistema elettorale agisce su un elemento della forma di governo, perché agisce su una delle regole dei rapporti fra i poteri e gli organi costituzionali"* [62].

Una prova del forte legame tra forma di governo e sistema elettorale è rintracciabile nella giurisprudenza costituzionale, per la quale *"la legge elettorale deve armonizzarsi con la forma di governo, allo scopo di fornire a quest'ultima strumenti adeguati di equilibrato funzionamento"* [63].

Dal 1993 in poi, il contesto italiano ha accolto la concezione secondo cui in materia elettorale il pensiero costituzionalista deve adeguarsi alle decisioni del legislatore. In tale ottica, trova spazio l'opposta impostazione di un luminare, per il quale *"l'adottare un sistema anziché un altro può avere una profonda ripercussione sulla struttura e sulla vita dello Stato, e in ultima analisi, sulla concreta forma di governo. La disciplina costituzionale di quest'ultima potrebbe risultare, quindi, in pratica elusa o deformata dalla realizzazione di particolari sistemi di elezione"* [64].

Una tesi che viene contestata dal panorama giuridico in relazione alla mancanza in

Costituzione di un'apposita indicazione sulla scelta del sistema elettorale da adottare. L'attuale confusione in materia elettorale – a parere di chi scrive – è riconducibile proprio all'omissione di una previsione costituzionale *ad hoc*. Le promesse dei promotori dei *referendum* dei primi anni Novanta legate all'impianto maggioritario non sono state mantenute: il repentino mutamento del sistema elettorale avrebbe dovuto portare con sé dei benefici al sistema costituzionale italiano, al fine di richiamare l'attenzione dei governanti nei confronti dei cittadini e ridurre la distanza di questi ultimi dalle istituzioni. In particolare, da una parte, si è assistiti alla proliferazione dei partiti, nonché al fallimento della logica bipolare; dall'altra, invece, è mancata una stabilità governativa.

Con riguardo al rapporto tra la classe politica ed i cittadini, la presenza di un candidato in più circoscrizioni ed il fenomeno della lista bloccata ne hanno certamente favorito l'indebolimento. Alla luce di tale quadro, non è da escludere la possibilità di un ritorno al sistema proporzionale [65] .

D'altro canto, l'Italia non sarebbe il primo Paese a mettere in discussione il proprio sistema elettorale. Un impianto proporzionale privo di meccanismi premiali potrebbe riportare in equilibrio il sistema delle garanzie, attenuando il *caos* istituzionale corrente, innescando una fase nuova. Il ritorno alla formula proporzionale con una ponderata soglia di sbarramento condurrebbe all'estinzione delle liste personali nate con il fine di ottenere le maggioranze relative necessarie per conquistare i collegi uninominali o i premi di maggioranza.

Oltre all'assenza di un'apposita previsione costituzionale in ordine alla scelta del sistema elettorale, il disordine odierno è imputabile anche ad una giurisprudenza costituzionale poco chiara ed incoerente. In precedenza, la Corte Costituzionale si limitava a riconoscere la piena discrezionalità del legislatore, abbracciando così l'orientamento generale emergente all'interno dell'Assemblea Costituente.

Di recente, essa ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di talune disposizioni contenute nelle leggi elettorali della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica. A tale proposito, occorre precisare che, l'intervento della Corte non pregiudica la massima discrezionalità del legislatore in ordine alla decisione sulla formula elettorale.

Alla Corte Costituzionale compete valutare la ragionevolezza delle norme elettorali sottoposte al suo scrutinio. L'intromissione della giurisprudenza costituzionale trae origine da una smisurata restrizione del principio della rappresentatività delle assemblee elettive da parte degli strumenti di correzione della ripartizione proporzionale dei seggi. In pratica, una legge elettorale proporzionale corretta deve essere in grado di compensare gli opposti valori della rappresentatività delle Camere e della governabilità del Paese.

Con l'intento di sopperire all'inerzia legislativa, la giurisprudenza costituzionale ha finito

per confondere ancora di più le idee al legislatore: essa, infatti, non ha offerto alcuna specifica indicazione. Una situazione del genere ha spinto le forze politiche ad incidere sul concreto funzionamento della forma di governo e, di conseguenza, sulle dinamiche dei rapporti tra cittadini ed istituzioni pubbliche. In tale ottica, riecheggiano le parole di un illustre politologo, per il quale *“i sistemi elettorali non soltanto sono lo strumento più manipolativo della politica, ma anche plasmano il sistema partitico e incidono sulla determinazione della rappresentanza”* [66] .

Il confine tra sistemi elettorali e politica risulta sottile anche per merito della giurisprudenza costituzionale, come rinvenibile nelle recenti sentenze. Riprendendo le parole di una corrente di pensiero, *“il tema del giusto equilibrio tra rappresentanza e governabilità che ogni legge elettorale dovrebbe assicurare, è strutturalmente costituzionale e ontologicamente politico, al punto che ogni riflessione sul tema contiene in sé inevitabili elementi di politicità”* [67] .

Note e riferimenti bibliografici

- [1] M. Fugazza, S. Cassamagnaghi, *Italia 1946: le donne al voto*, in *unionefemminile.it*, 2016, cit.
- [2] La Consulta Nazionale, istituita il 5 aprile 1945, operò dal 25 settembre 1945 fino al 1° giugno 1946, alla vigilia delle elezioni dell'Assemblea costituente. La Consulta nazionale dava pareri sui problemi generali e sui provvedimenti legislativi che ad essa sottoponeva il governo. La richiesta del parere era obbligatoria: sui progetti di bilancio e sui rendiconti consuntivi dello stato, in materia di imposte, salvi i casi di urgenza; sui progetti di legge elettorali. Per le altre materie la richiesta era facoltativa. In nessun caso però il parere dato vincolava il governo. Ai membri della Consulta fu anche riconosciuto il diritto di proporre leggi e quello di rivolgere al governo interrogazioni e interpellanze (in G. D'Eufemia, voce *Consulta nazionale*, in *Enc. Treccani*, 1948). Le quattordici donne che ne fecero parte furono le seguenti: per la Democrazia cristiana, Laura Bianchini e Angela Maria Guidi Cingo-lani; per il Partito socialista italiano, Clementina Caligaris, Jole Lombardi e Claudia Maffioli; per il Partito liberale, Virginia Minoletti Quarello; per il Partito comunista italiano, Gisella Della Porta Floreanini, Ofelia Garoia, Teresa Noce Longo, Rina Picolato ed Elettra Pollastrini; per il Partito d'Azione, Bastianina Musu Martini e, nel novembre 1945, dopo la morte di Bastianina Musu, Ada Marchesini Prospero. Infine, Adele Bei Ciufoli, fu proposta dalla Confederazione generale italiana del lavoro.
- [3] Per un approfondimento sul diritto all'elettorato passivo femminile dal secondo dopoguerra ad oggi, si veda C. Tripodina, 1946-2016, *La "questione elettorale femminile": dal voto delle donne al voto alle donne (una luce si intravede)*, in *rivistaaic.it*, n. 3, 2016, pp. 14-16.
- [4] Si ricordi che, l'insieme delle regole e delle operazioni caratterizzanti il sistema elettorale inglese hanno trovato il loro culmine nel Representation of the People Act del 1983. Sull'evoluzione del sistema elettorale britannico, si veda S. Villamena, *Il sistema elettorale nel Regno Unito*, in *Sistemi elettorali e democrazie*, M. Volpi, M. Oliviero (a cura di), Giappichelli, Torino, 2007, pp. 199-202.
- [5] Da ciò ne discesero ulteriori conseguenze. X. Philippe, *Forme di governo e sistemi elettorali in Francia*, in *rivistaianus.it*, n. 8, 2013, p. 155, osserva che "innanzitutto, la razionalizzazione prevista dal testo costituzionale per permettere al Governo di agire in caso di ostruzione da parte del Parlamento, si è dimostrata superflua, in ragione della scelta in ordine al sistema elettorale. Esso infatti ha consentito di mantenere una certa armonia tra Parlamento e Governo, la quale ha reso inutile l'attuazione di meccanismi di riserva delle competenze al Governo. Inoltre, il sistema parlamentare concepito dai costituenti della Quinta Repubblica si è rapidamente trasformato in un sistema "semipresidenziale" - se non "presidenziale" - per due ragioni principali: da un lato la risoluzione della crisi algerina richiedeva risposte forti che solo l'Esecutivo - e più precisamente il Capo dello Stato - era in grado di dare; dall'altro lato, la personalità e il carisma del Capo dello Stato, Charles de Gaulle, erano tali che la funzione presidenziale fu esaltata rispetto a come era prevista sulla base della Costituzione e del metodo di elezione originario".
- [6] Per un approfondimento sulla forma di governo francese, si veda S. Bonfiglio, *La forma di governo nella V Repubblica francese: un sistema in disequilibrio? Dalla esperienza delle coabitazioni al limite dei due mandati presidenziali*, in *La Costituzione francese*, M. Calamo Specchia (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009, pp. 71-81.
- [7] Tale modo di procedere è detto "a monte".
- [8] Ai sensi dell'art. 68, comma 3, Cost. spagnola: "L'elezione sarà verificata in ogni distretto secondo criteri di rappresentanza proporzionale".
- [9] Per un approfondimento sul sistema elettorale spagnolo, si veda A. Arcuri, E. Bardazzi, S. Felicioni, D. Miglietta, F. Musilli, *La Spagna*, in *Seminario di studi e ricerche parlamentari "Silvano Tosi"* (P. Caretti, M. Morisi, G. Tarli Barbieri), 2017.
- [10] S. Galeano, *Compendio di Diritto Pubblico*, Youcanprint.it, 2015, p. 76.
- [11] M. Caciagli, *Rappresentanza e consenso in Germania*, FrancoAngeli, 2016.
- [12] Si ricordi che, tale sistema, viene denominato in tal modo giacché l'elettore tedesco ha due voti a disposizione: su un lato della scheda, sono indicati i candidati del suo collegio elettorale; sull'altro lato, sono riportate le liste dei partiti per le 16 circoscrizioni regionali, corrispondenti ai Lander.
- [13] La consultazione elettorale ha luogo in un solo giorno tramite due voti: il primo concerne i collegi uninominali, il secondo, invece, attiene al proporzionale. Nel modello tedesco, i collegi uninominali non assolvono

la stessa funzione tipica dei sistemi maggioritari: essi, infatti, vengono sfruttati con l'intento di assegnare i seggi, a fronte degli esiti derivanti dal voto proporzionale.

[14] F. Lanchester, *Rappresentanza, responsabilità e tecniche di espressione del suffragio*, Bulzoni, Roma, 1990, cit., p. 166. In senso critico, A. Racca, *I sistemi elettorali sotto la lente costituzionale*, Ledizioni, 2018, p. 54, il quale afferma che “il “modello” germanico, se dal punto di vista degli effetti presenta indubbi connotati proporzionali, tuttavia, sotto il profilo più prettamente classificatorio la compresenza del modello plurality non può essere sottaciuta¹⁹³, perlomeno sotto due profili assolutamente rilevanti. In primo luogo, perché la vittoria in almeno tre collegi uninominali rappresenta una delle due strade per accedere alla ripartizione dei seggi in chiave proporzionale. In secondo luogo, perché i candidati eletti per tale via lo sono indipendentemente dall'esito del “secondo voto” proporzionale: sia nel caso in cui la lista proporzionale del medesimo partito di appartenenza degli eletti con siffatta formula non superi la Sperrklausel; sia nel caso opposto degli Überhangmandate”.

[15] L. Trucco, *Contributo allo studio del diritto elettorale: - I - Fondamenti teorici e normativi*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 82.

[16] Tuttavia, C. Lavagna, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1952, p. 849, osserva che dalla lettura e dell'interpretazione della Carta Costituzionale si possono rinvenire taluni profili a favore dell'impianto proporzionale.

[17] L'art. 48, comma 2, Cost., altresì, prevede che l'esercizio del voto “è un dovere civico”.

[18] Si ricordi che, non è ammesso il voto per procura.

[19] Tale principio si rinviene negli artt. 56 (“La Camera dei deputati è eletta a suffragio universale e diretto”) e 58 Cost. (“I senatori sono eletti a suffragio universale e diretto dagli elettori che hanno superato il venticinquesimo anno di età”).

[20] Il medesimo decreto istituì l'Assemblea Costituente parallelamente al Referendum istituzionale sulla forma di Stato (Monarchia o Repubblica).

[21] La Camera dei Deputati è eletta su base nazionale.

[22] Il Senato della Repubblica è eletto su base regionale.

[23] Protagonista di tale fase fu il movimento di Unità popolare (Up) definito da R. Colozza, *Ferruccio Parri, la “legge truffa” e la nascita di Unità popolare 1952- 1953*, FrancoAngeli, n. 263, 2011, “un effimera ma significativa formazione sorta come espressione di quella “terza forza” politica che, tra le derivate conservatrici del governo e quelle filosovietiche delle sinistre “operaie”, cercava faticosamente uno spazio d'affermazione nell'Italia di metà anni Cinquanta”.

[24] Per un approfondimento sulla legge si veda, P. L. Ballini, *“L'arma della scheda”. Alle origini della legge elettorale del 1953*, Rubbettino, n. 5, 2004, pp. 159-219; V. Capperucci, G. Quagliariello, *Dossier sulla “legge truffa”*, Rubbettino, n. 3, 2003, pp. 171-189.

[25] Peraltro, come precisato da S. Ceccanti, *I sistemi elettorali nella storia della Repubblica: dalla Costituente alla legge Rosato*, in *federalismi.it*, n. 20, 2017, p. 49, “il premio venne soppresso non solo a livello nazionale ma anche nelle amministrative ritornando alla proporzionale pura in tutti i comuni medio-grandi, in due tappe diverse, fino a stabilizzarsi nel 1960 alla soglia dei cinquemila abitanti. La divisione Tra Psi e Pci sull'Ungheria nel 1956 e le prime aperture del Psi ai Trattati europei del 1957 stabilizzarono definitivamente questa scelta”.

[26] M. S. Piretti, *Tra legittimità e coazione. Il caso della “legge truffa*, *Scienza e politica*, n. 30, 2004, p. 36.

[27] P. Becchi, G. Palma, *I sistemi elettorali dal dopoguerra ad oggi: Dal proporzionale puro della Prima Repubblica al Rosatellum*, Key, Vicalvi (FR), 2017, p. 14.

[28] T. Groppi, A. Simoncini, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 220.

[29] Per un approfondimento sul sistema proporzionale italiano, si veda M. Griffo, G. Quagliariello, *La rappresentanza proporzionale nella storia d'Italia*, Rubbettino, n. 18, 2018-2019, pp. 57-76.

[30] Per un approfondimento sulle vicende che precedettero tale legge, si veda A. Pappalardo, *La nuova legge elettorale in Italia: chi, come e perché*, in *Riv. it. di scienza politica*, n. 2, 1994, pp. 287-309.

[31] Legge 23 agosto 1988, n. 400.

[32] Legge 8 giugno 1990, n. 142.

[33] C. Mezzanotte, *Referendum e legislazione*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti (Siena 3-4 dicembre 1993), p. 28, intravede nel suddetto referendum “il veicolo di apparizione del

potere costituente al servizio dei diritti e delle libertà pubbliche”.

[34] Tale sistema prende il nome dal suo relatore, Sergio Mattarella, attuale Presidente della Repubblica. A tal proposito, una parte della dottrina ritiene che l’abuso dell’espressione abbia reso particolarmente complessa la valutazione del sistema elettorale. In particolare, T. E. Frosini, *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 220, sostiene che “lo si è, vuoi inconsapevolmente, finito col giudicare negativamente a prescindere”.

[35] Si ricordi che, l’idea di dar vita ad un referendum abrogativo sulla legge elettorale del Senato fu di Sergio Galeotti, che la espresse in un articolo illustrandone le motivazioni. Si veda, S. Galeotti, *Un referendum abrogativo sulla legge elettorale del Senato*, in *Parlamento*, n. 9, 1989, pp. 11-15. A seguito, su pronta iniziativa dell’on. Mario Segni venne formulato e depositato il quesito referendario. Tuttavia, la Corte, con la sentenza 2 febbraio 1991, n. 47, giudicò inammissibile la richiesta; al contempo, essa aprì degli spazi affinché la richiesta potesse andare a buon fine: il taglio abrogativo del quesito doveva condurre ad una legge immediatamente applicabile. Con sentenza 4 febbraio 1993, n. 32, il referendum sulla legge elettorale del Senato venne ammesso dalla Corte; nel frattempo, il Parlamento aveva approvato la c.d. “leggina Macino”, avente l’effetto di rendere esplicita la domanda abrogativa e autoapplicativa la normativa di risulta.

[36] P. Scoppola, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico (1945-1996)*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 498.

[37] P. Zaccone, *Il sistema elettorale italiano dalla nascita della repubblica alla l. 52/2015*, in *Studia Iuridica Toruniensia*, XXI, 2017, p. 332.

[38] Come sottolineato da, A. Chiaramonte, *An italic obsession: electoral reforms*, in *Quaderni dell’Osservatorio elettorale*, 5-16, 2020, p. 7, “l’esplosione della frammentazione partitica trova le sue radici nella destrutturazione del sistema partitico italiano in coincidenza con la fase in cui le nuove regole elettorali vennero introdotte”.

[39] Secondo V. Lippolis, *La regola della maggioranza e lo statuto dell’opposizione*, in *Valori e principi del regime repubblicano*, S. Labriola (a cura di), Bari-Roma, Laterza, 2006, p. 248, il passaggio dal proporzionale al maggioritario presentava le caratteristiche di un salto dal trampolino senza una preventiva verifica che la profondità della piscina fosse sufficiente a non creare pericoli per chi si buttava.

[40] Si veda, G.U. Rescigno, *A proposito di prima e seconda Repubblica*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 103, 1994, p. 5.

[41] A. Giorgis, *Leggi elettorali, referendum parziale e giudizio di ammissibilità*, in *Giur. It.*, 1993, n. 1, p. 2210.

[42] In particolare, F. Clementi, *Vent’anni di legislazione elettorale (199-2013). Tra il già e il non ancora*, in *Riv. trim. dir. pub.*, Fasc. 2, 2015, p. 570, sostiene che “scaricando il peso delle esigenze di riforma del sistema politico-istituzionale nazionale sulle spalle del solo sistema elettorale, non ci si rendeva conto che quest’ultimo non poteva reggere una trasformazione di tale entità e che sarebbe stato necessario, invece, un intervento parallelo sul piano del testo costituzionale.

[43] Si ricordi che, l’approvazione di tale legge è stata accompagnata da numerose polemiche. Secondo l’opposizione, la nuova legge elettorale sarebbe stata uno strumento per alleviare l’eventuale sconfitta del centro-destra alle vicine elezioni. Sul punto, si veda S. Ceccanti, *Nuova legge elettorale e riforma costituzionale: la coerenza c’è, ma non è una virtù*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2006, p. 106.

[44] In particolare, G. Pasquino, *Le istituzioni di Arlecchino*, Scriptaweb, Napoli, 2009, p. 159, parla di un “sistema elettorale di rappresentanza proporzionale spersonalizzata con premio di maggioranza”. Quanto all’espressione “spersonalizzata”, l’autore pone in luce le differenze con il sistema elettorale tedesco, un impianto sostanzialmente proporzionale, che consente agli elettori di votare per metà dei candidati al Bundestag in collegi uninominali; qui, la distribuzione dei seggi avviene con una formula chiaramente proporzionale. Per la possibilità conferita agli elettori di votare anche i rappresentanti i cui nomi e cognomi sono riportati sulla scheda elettorale, il sistema elettorale proporzionale tedesco è detto “personalizzato”.

[45] La legge n. 270/2005, dunque, concedeva ai partitocrati non soltanto la possibilità di scegliere i rappresentanti al Parlamento, ma addirittura di designare gli stessi.

[46] Secondo R. D’Alimonte, *Il nuovo sistema elettorale. Dal collegio uninominale al premio di maggioranza*, in *astrid-online.it*, 2007, p. 20, entrambe le opzioni sono inopportune. In particolare, la prima “è rischiosa perché finirebbe con lo squilibrare completamente la nostra forma di governo parlamentare”; la seconda, invece, “resta all’interno del modello parlamentare ma non è risolutiva perché un premier un po’ più forte non può bastare a

bilanciare il peso eccessivo dei troppi partiti. Questa seconda soluzione sarebbe più efficace se si agisse anche sull'altro versante del dilemma rappresentanza-governo, e cioè sulla frammentazione”.

[47] R. Dickmann, *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza (Prime osservazioni a Corte cost. 13 gennaio 2014, n. 1)*, in *federalismi.it*, n. 2, 2014, p. 4.

[48] Infatti, come chiarito da A. Pertici, *La Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014, p. 7, “l'opzione, nell'ambito del voto di preferenza, per la preferenza unica è fatto discendere dalla Corte dall'espressione della volontà popolare nel referendum del 1991, che certamente, anche considerata la necessità di trovare comunque una disciplina immediatamente applicabile, può rappresentare un criterio ragionevole”.

[49] Di conseguenza, M. Villone, *La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi*, in *costituzionalismo.it*, Fasc. 1, 2015, osserva che “venendo meno l'obiettivo, viene meno anche ogni bilanciamento fatto in quella chiave. La compressione del voto eguale e della rappresentanza astrattamente giustificabili per la governabilità perderebbero ogni ragione di essere e rimarrebbero sine causa. Diventerebbero per questo inaccettabile lesione di beni costituzionalmente protetti”.

[50] La scelta dei singoli candidati da parte degli elettori, dunque, sembra limitata. Come riportato da M. Cosulich, *I sistemi elettorali*, in *La Costituzione italiana: riforme o stravolgimento?*, C. Amirante (a cura di), Giappichelli, Torino, 2016, pp. 56-57, “l'elettore dispone del voto di preferenza nell'ambito della lista votata, ma in ogni collegio plurinominale i capilista sono esentati da tale modalità di individuazione degli eletti, poiché viene loro comunque assegnato il primo seggio spettante alla lista di cui sono a capo. Ora, poiché i collegi plurinominali sono piccoli, in ciascuno di essi il numero di seggi spettante alla stessa lista sarà modesto. Di conseguenza, in ogni collegio risulteranno eletti soprattutto i capilista, determinando una percentuale tutt'altro che trascurabile di deputati divenuti tali senza sottoporsi al meccanismo del voto di preferenza”.

[51] La pronuncia della Consulta non è altro che il prodotto di un'azione mediatica. Sul punto, si veda G. Maestri, *Orizzonti di tecnica elettorale: problemi superati, irrisolti ed emersi alla luce della sentenza n. 35 del 2017*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, n. 2, 2017, pp. 2-10.

[52] Sul tema, si veda D. De Lungo, *Il premio di maggioranza alla lista, fra governabilità e legittimità costituzionale. Considerazioni (anche) a valle della sentenza n. 35 del 2017*, in *rivistaaic.it*, n. 2, 2017, pp. 8-10.

[53] Tale legge è stata ribattezzata Rosatellum dal nome del suo artefice, Ettore Rosato.

[54] In particolare, G. T. Barbieri, *L'infinito riformismo elettorale tra aporie giuridiche e dilemmi costituzionali*, in *federalismi.it*, n. 1, 2018, condivide tale scelta “sia perché il premio di maggioranza finisce per risultare inevitabilmente problematico alla stregua del bilanciamento tra rappresentatività e stabilità (anche se la Corte non sembra averlo condannato del tutto), tanto più in quanto determini un effetto majority assuring, sia soprattutto perché il premio di maggioranza appare un istituto poco congeniale stante l'assetto del nostro Parlamento nel quale sono due le Camere elettive, per di più espressione di corpi elettorali diversi”.

[55] Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, 5.1 considerato in diritto.

[56] Il voto congiunto sembra violare il principio di uguaglianza. Sul punto, si veda L. Spadacini, *La proposta di riforma elettorale e i suoi profili di illegittimità costituzionale. Audizione davanti alla Commissione affari costituzionali del Senato, 19 ottobre 2017*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, n. 3, 2017.

[57] N. Lupo, *Verso un'auspicabile stabilizzazione della legislazione elettorale italiana. Alcuni spunti sulla legge n. 165 del 2017, in rapporto alla Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 22, 2017, p. 41.

[58] Sul punto, M. Luciani, *Bis in idem: la nuova sentenza della Corte Costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *rivistaaic.it*, n. 1, 2017, p. 12, afferma che “la prudenza, oggi, si impone. Il che non significa che non si possano perseguire soluzioni originali, ma esige che quelle soluzioni siano vagliate alla luce di un'interpretazione il più possibile rigorosa dei dicta della Corte”.

[59] Per A. Apostoli, *Il c.d. Rosatellum-bis. Alcune prime considerazioni*, in *osservatorioaic.it*, n. 3, 2017, p. 12, si sarebbe potuto tenere presente “l'introduzione del voto di preferenza; l'introduzione di una doppia scheda per distinguere l'elezione dei candidati nella parte maggioritaria dei collegi uninominali da quelli della parte proporzionale delle liste plurinominali; l'introduzione dello scorporo dei voti che hanno già ottenuto rappresentanza nei collegi uninominali, affinché non si violi il principio di uguaglianza degli elettori; l'introduzione del voto disgiunto sulla stessa scheda tra candidati uninominali e liste plurinominali; il divieto delle

pluricandidature; l'obbligo per le forze che vogliano unirsi in coalizione di presentarsi agli elettori con lo stesso programma e con un unico leader; la modificazione delle disposizioni speciali sul Trentino-Alto Adige (con particolare riguardo al Senato); la previsione di accorgimenti per evitare che i collegi uninominali siano disegnati su indicazione del Governo o per limitarne la discrezionalità in tale operazione; la preclusione della possibilità di indicare quale "capo politico" chi, in base alle leggi vigenti e quindi anche alla c.d. Legge Severino, non possa essere candidato come parlamentare o non possa assumere incarichi di governo".

[60] Per un approfondimento sul quadro costituzionale, si veda M. Gigante, *I diritti delle donne nella Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 9-16. Sulla legislazione interna e comunitaria in materia, si veda A. Pitino, *Interventi di contrasto alla discriminazione e alla violenza sulle donne nella vita pubblica e privata*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 13-20.

[61] Sugli interventi della giurisprudenza costituzionale, si veda L. Taglieri, *Interventi di contrasto alla discriminazione e alla violenza sulle donne*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2018, pp. 9-24.

[62] M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 572.

[63] Corte Cost. 14 gennaio 2010, n. 4.

[64] C. Lavagna, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 2, 1952, p. 849.

[65] In senso critico U. Spirito, *Critica della democrazia*, Rubbettino, Firenze, 1963, p. 15, il quale pone in luce il "carattere asistemático della decisione della maggioranza, la quale, lungi dal rappresentare una volontà unitaria consapevole, esprime soltanto una somma di addendi diversi e di una diversità irriducibile. Il risultato che ne consegue non può significare altro che un atto di violenza cieca di una massa inarticolata".

[66] G. Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata. Strutture, incentivi ed esiti*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 9.

[67] A. Gusmai, *Note minime sul rapporto tra sistemi elettorali e rappresentanza politica*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2018, pp. 4-5.

Bibliografia

A. Apostoli, *Il c.d. Rosatellum-bis. Alcune prime considerazioni*, in *osservatorioaic.it*, n. 3, 2017, p. 12;

A. Arcuri, E. Bardazzi, S. Felicioni, D. Miglietta, F. Musilli, *La Spagna*, in *Seminario di studi e ricerche parlamentari "Silvano Tosi"* (P. Caretti, M. Morisi, G. Tarli Barbieri), 2017;

P. L. Ballini, *"L'arma della scheda". Alle origini della legge elettorale del 1953*, Rubbettino, n. 5, 2004, pp. 159-219;

G. T. Barbieri, *L'infinito riformismo elettorale tra aporie giuridiche e dilemmi costituzionali*, in *federalismi.it*, n. 1, 2018;

P. Becchi, G. Palma, *I sistemi elettorali dal dopoguerra ad oggi: Dal proporzionale puro della Prima Repubblica al Rosatellum*, Key, Vicalvi (FR), 2017, p. 14;

S. Bonfiglio, *La forma di governo nella V Repubblica francese: un sistema in disequilibrio? Dalla esperienza delle coabitazioni al limite dei due mandati presidenziali*, in *La Costituzione francese*, M. Calamo Specchia (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009, pp. 71-81;

M. Caciagli, *Rappresentanza e consenso in Germania*, FrancoAngeli, 2016;

V. Capperucci, G. Quagliarello, *Dossier sulla "legge truffa"*, Rubbettino, n. 3, 2003, pp. 171-189;

S. Ceccanti, *Nuova legge elettorale e riforma costituzionale: la coerenza c'è, ma non è una virtù*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2006, p. 106;

S. Ceccanti, *I sistemi elettorali nella storia della Repubblica: dalla Costituente alla legge Rosato*, in *federalismi.it*, n. 20, 2017, p. 49;

A. Chiamonte, *An italic obsession: electoral reforms*, in *Quaderni dell'Osservatorio elettorale*, 5-16, 2020, p. 7;

- F. Clementi, *Vent'anni di legislazione elettorale (199-2013). Tra il già e il non ancora*, in *Riv. trim. dir. pub.*, Fasc. 2, 2015, p. 570;
- R. Colozza, *Ferruccio Parri, la "legge truffa" e la nascita di Unità popolare 1952- 1953*, FrancoAngeli, n. 263, 2011;
- M. Cosulich, *I sistemi elettorali*, in *La Costituzione italiana: riforme o stravolgimento?*, C. Amirante (a cura di), Giappichelli, Torino, 2016, pp. 56-57;
- R. D'Alimonte, *Il nuovo sistema elettorale. Dal collegio uninominale al premio di maggioranza*, in *astrid-online.it*, 2007, p. 20;
- D. De Lungo, *Il premio di maggioranza alla lista, fra governabilità e legittimità costituzionale. Considerazioni (anche) a valle della sentenza n. 35 del 2017*, in *rivistaaic.it*, n. 2, 2017, pp. 8-10;
- G. D'Eufemia, voce *Consulta nazionale*, in *Enc. Treccani*, 1948;
- R. Dickmann, *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza (Prime osservazioni a Corte cost. 13 gennaio 2014, n. 1)*, in *federalismi.it*, n. 2, 2014, p. 4;
- T. E. Frosini, *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 220;
- M. Fugazza, S. Cassamagnaghi, *Italia 1946: le donne al voto*, in *unioneffemminile.it*, 2016, cit;
- S. Galeano, *Compendio di Diritto Pubblico*, Youcanprint.it, 2015, p. 76;
- S. Galeotti, *Un referendum abrogativo sulla legge elettorale del Senato*, in *Parlamento*, n. 9, 1989, pp. 11-15;
- M. Gigante, *I diritti delle donne nella Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 9-16.;
- A. Giorgis, *Leggi elettorali, referendum parziale e giudizio di ammissibilità*, in *Giur. It.*, 1993, n. 1, p. 2210;
- M. Griffo, G. Quagliariello, *La rappresentanza proporzionale nella storia d'Italia*, Rubbettino, n. 18, 2018-2019, pp. 57-76;
- T. Groppi, A. Simoncini, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 220;
- A. Gusmai, *Note minime sul rapporto tra sistemi elettorali e rappresentanza politica*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2018, pp. 4-5;
- F. Lanchester, *Rappresentanza, responsabilità e tecniche di espressione del suffragio*, Bulzoni, Roma, 1990, cit., p. 166;
- C. Lavagna, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1952, p. 849;
- V. Lippolis, *La regola della maggioranza e lo statuto dell'opposizione*, in *Valori e principi del regime repubblicano*, S. Labriola (a cura di), Bari-Roma, Laterza, 2006, p. 248;
- M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 572;
- M. Luciani, *Bis in idem: la nuova sentenza della Corte Costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *rivistaaic.it*, n. 1, 2017, p. 12;

- N. Lupo, *Verso un'auspicabile stabilizzazione della legislazione elettorale italiana. Alcuni spunti sulla legge n. 165 del 2017, in rapporto alla Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 22, 2017, p. 41;
- G. Maestri, *Orizzonti di tecnica elettorale: problemi superati, irrisolti ed emersi alla luce della sentenza n. 35 del 2017*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, n. 2, 2017, pp. 2-10;
- C. Mezzanotte, *Referendum e legislazione*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti (Siena 3-4 dicembre 1993), p. 28;
- A. Pappalardo, *La nuova legge elettorale in Italia: chi, come e perché*, in *Riv. it. di scienza politica*, n. 2, 1994, pp. 287-309;
- G. Pasquino, *Le istituzioni di Arlecchino*, Scriptaweb, Napoli, 2009, p. 159;
- A. Pertici, *La Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014, p. 7;
- X. Philippe, *Forme di governo e sistemi elettorali in Francia*, in *rivistaianus.it*, n. 8, 2013, p. 155;
- M. S. Piretti, *Tra legittimità e coazione. Il caso della "legge truffa"*, *Scienza e politica*, n. 30, 2004, p. 36;
- A. Pitino, *Interventi di contrasto alla discriminazione e alla violenza sulle donne nella vita pubblica e privata*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 13-20;
- A. Racca, *I sistemi elettorali sotto la lente costituzionale*, Ledizioni, 2018, p. 54;
- G.U. Rescigno, *A proposito di prima e seconda Repubblica*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 103, 1994, p. 5;
- G. Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata. Strutture, incentivi ed esiti*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 9;
- P. Scoppola, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico (1945-1996)*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 498;
- L. Spadacini, *La proposta di riforma elettorale e i suoi profili di illegittimità costituzionale. Audizione davanti alla Commissione affari costituzionali del Senato, 19 ottobre 2017*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, n. 3, 2017;
- U. Spirito, *Critica della democrazia*, Rubbettino, Firenze, 1963, p. 15;
- L. Taglieri, *Interventi di contrasto alla discriminazione e alla violenza sulle donne*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2018, pp. 9-24;
- C. Tripodina, 1946-2016, *La "questione elettorale femminile": dal voto delle donne al voto alle donne (una luce si intravede)*, in *rivistaaic.it*, n. 3, 2016, pp. 14-16;
- L. Trucco, *Contributo allo studio del diritto elettorale: - I - Fondamenti teorici e normativi*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 82;
- S. Villamena, *Il sistema elettorale nel Regno Unito*, in *Sistemi elettorali e democrazie*, M. Volpi, M. Oliviero (a cura di), Giappichelli, Torino, 2007, pp. 199-202;
- M. Villone, *La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi*, in *costituzionalismo.it*, Fasc. 1, 2015;
- P. Zaccone, *Il sistema elettorale italiano dalla nascita della repubblica alla l. 52/2015*, in *Studia Iuridica Toruniensia*, XXI, 2017, p. 332.

IL RISCHIO DI CREDITO NELL'ATTIVITÀ BANCARIA: DAGLI ACCORDI DI BASILEA ALLA NUOVA DEFINIZIONE DI DEFAULT

Il presente contributo analizza i rischi dell'attività bancaria con specifico riferimento al rischio di credito e agli strumenti normativi di contenimento dello stesso: gli Accordi di Basilea. Punto focale dell'approfondimento offerto è la nuova disciplina in materia di classificazione delle controparti inadempienti prevista dal Regolamento UE n.171/2018 e dalle Linee Guida dell'EBA (EBA/GL/2016/07) con la quale il Regulator ha introdotto criteri più stringenti per la definizione di posizioni a default, allo scopo di armonizzare la regolamentazione prudenziale di matrice comunitaria. La nuova disciplina dovrà essere applicata entro il 1 Gennaio 2021 e minaccia già di stravolgere i rapporti Banca-Cliente nonché i bilanci degli Istituti di credito.

autori **Paolo Del Gaudio, Maria Teresa Del Gaudio**



Abstract ENG

Il presente contributo analizza i rischi dell'attività bancaria con specifico riferimento al rischio di credito e agli strumenti normativi di contenimento dello stesso: gli Accordi di Basilea. Punto focale dell'approfondimento offerto è la nuova disciplina in materia di classificazione delle controparti inadempienti prevista dal Regolamento UE {https/URL} 'EBA (EBA/GL/2016/07) con la quale il Regulator ha introdotto criteri più stringenti per la definizione di posizioni a default, allo scopo di armonizzare la regolamentazione prudenziale di matrice comunitaria. La nuova disciplina dovrà essere applicata entro il 1 Gennaio 2021 e minaccia già di stravolgere i rapporti Banca-Cliente nonché i bilanci degli Istituti di credito. This contribution analyzes the risks of banking business with specific reference to credit risk and the regulatory tools for containing it: the Basel Accords. The focal point of the study offered is the new regulation on the classification of defaulting counterparties provided by EU Regulation no.171 / 2018 and by the EBA Guidelines (EBA / GL / 2016/07) which the Regulator introduced criteria more stringent for the definition of default positions, in order to harmonize the prudential regulation of a community matrix. The new regulations must be applied by January 1, 2021 and already threatens to upset the Bank-Customer relationship as well as the financial statements of credit institutions.

Sommario: 1. Premessa; 2. I rischi intrinseci all'attività bancaria; 3. Le componenti del rischio di credito; 4. Strumenti normativi per contenere il rischio di credito: gli accordi di Basilea; 5. Contesto normativo e default; 6. La nuova definizione di default; 7. Nuove soglie di rilevanza per la classificazione di un'esposizione a default 8. I

1. Premessa

L'esercizio del credito ha rappresentato storicamente, e rappresenta tutt'oggi, il cuore dell'attività della Banca, esaltandone la funzione di intermediario finanziario e di propulsore dell'economia il cui intervento risulta mai neutrale. La funzione svolta dal credito bancario nei processi che governano la crescita della società e il progresso economico è comprovata dalla storia dello sviluppo dei moderni sistemi economici, a cominciare da quelli che a partire dalla seconda metà del XVII secolo sono stati interessati dal noto fenomeno della “*Rivoluzione Industriale*” per arrivare al ruolo centrale svolto dal credito bancario nei processi di sviluppo delle economie emergenti, ove la costituzione di un'articolata e capillare infrastruttura creditizia è presupposto ineludibile per l'avvio e il consolidamento dei processi in questione. A fronte di queste evidenze occorre osservare, inoltre, come nel corso del passato decennio la funzione svolta dal credito bancario sia andata evolvendosi quantitativamente e qualitativamente per effetto dei processi di innovazione e globalizzazione finanziaria. L'importanza dell'attività di impiego si rileva anche indagando le dinamiche interne agli istituti bancari, difatti, l'erogazione dei prestiti arreca un contributo decisivo agli equilibri della gestione bancaria influenzando tanto sull'aspetto economico, in termini di redditività, quanto sulla dinamica finanziaria, attraverso il mantenimento di idonee condizioni di liquidità. È pacifico che l'attività di prestito non è un'attività a basso rischio, anzi, ad essa è connessa un'ampia tipologia di rischi raggruppati nella macrocategoria dei “*rischi finanziari*” che, in quanto tali, non possono essere allocati in capo ad altro soggetto ma sopportati dall'ente creditizio. La più importante componente di rischio connessa all'attività di impiego è certamente il rischio di credito che si sostanzia nell'eventualità che l'Istituto erogatore non venga rimborsato nelle modalità e nei termini previsti contrattualmente. A fronte di tale rischio si pone per la Banca la necessità di valutare, preliminarmente all'erogazione di un prestito, la capacità di rimborso del richiedente e solo in caso di giudizio positivo, circa l'affidabilità del cliente, la domanda di credito dovrà essere accolta. Terminata la fase iniziale di *screening* alla banca fa capo una duplice esigenza: quella di procedere ad una revisione periodica del credito concesso, al fine di mantenere sotto controllo i processi di cambiamento che possono aver luogo presso la clientela affidata e che possono portare ad una modifica del suo profilo di rischio; nonché la necessità di monitorare in via continuativa il comportamento del soggetto affidato al fine di cogliere quanto prima possibile i sintomi di tensioni finanziarie o di difficoltà gestionali che impongono all'istituto di credito l'assunzione di tempestive decisioni a tutela dei propri interessi.

Da questa breve premessa emerge l'importanza dell'esercizio del credito che trova un espresso riconoscimento nella Carta Costituzionale all'art. 47, e che costituisce uno strumento indispensabile per il progresso sociale e per il pieno e libero sviluppo della

personalità individuale. Parimenti evidente è la necessità di contenere il rischio connaturato all'esercizio del credito a tutela dell'integrità del sistema economico. Per contemperare queste contrapposte esigenze, i moderni sistemi economici hanno dato vita ad un impianto normativo che progressivamente ha individuato strumenti legislativi, sempre più precisi, volti a minimizzare il rischio di credito e tesi a limitare i risvolti patologici di un eventuale default. Proprio su tale ultimo fronte si registrano le più importanti novità, che di seguito illustreremo, offrendo preliminarmente una panoramica sui rischi connaturati all'attività bancaria e sui principali strumenti normativi di contenimento.

2. I rischi intrinseci all'attività bancaria

L'Articolo 10, comma 1, del Testo Unico Bancario contiene la definizione di *“attività bancaria”*, consistente nella *“raccolta del risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito. Tale attività ha carattere di impresa ed è riservata alle banche: esse possono esercitare, oltre a quella bancaria, ogni altra attività finanziaria nonché le attività connesse e strumentali, salvo quelle per cui è prevista riserva di legge”*.

Da tale norma si desume come gli intermediari bancari nello svolgimento della loro attività caratteristica assumano una funzione fondamentale per l'esistenza e lo sviluppo dei moderni sistemi economici, ovvero trasferiscono risorse finanziarie da soggetti che presentano un *surplus* monetario a coloro che le richiedono, ponendosi come controparte di entrambi. Questa funzione, indicata come *“intermediazione creditizia”*, viene quindi esercitata dalle banche tramite la raccolta di fondi da parte dei risparmiatori e la simultanea concessione di prestiti ad imprese e famiglie al fine di soddisfarne le necessità di investimento e consumo.

Indubbio che una certa componente di rischio è intrinseca ad ogni forma di attività d'impresa, dato il carattere di aleatorietà di quest'ultima che fa sì che il risultato di un'operazione misurato *ex-post* possa risultare diverso da quello che ci si attendeva *ex-ante*, ciò risulta amplificato con riferimento all'attività bancaria, quale attività d'impresa che si basa sul trasferimento temporale di elementi come il credito e la moneta, soggetti per loro stessa natura alla possibilità di subire variazioni nel loro valore. Nello specifico, i rischi tipici connessi allo svolgimento dell'attività degli intermediari creditizi possono essere raggruppati in tre categorie principali: il rischio di mercato, il rischio di liquidità e il rischio di credito.

Per quanto concerne il rischio di mercato, questo consiste nell'oscillazione dei prezzi delle attività finanziarie (in particolare del tasso d'interesse, del tasso di cambio e delle quotazioni azionarie) e si sostanzia tipicamente nel c.d. *trading book* [1], componente di rischio che impatta sul grado di negoziabilità dello strumento finanziario determinando l'insorgere di possibili perdite a seguito della dismissione di posizioni detenute a fini di negoziazione ovvero intenzionalmente destinate ad una vendita nel breve termine e/o

assunte allo scopo di trarre beneficio, nel breve periodo, di eventuali variazioni dei prezzi; e nel c.d. *banking book* [2] , parte del rischio di mercato legata all'oscillazione dei tassi d'interesse e alle ripercussioni sul rendimento dei prestiti in essere e nel costo dei depositi il cui tasso di rendimento era stato negoziato in precedenza.

Il rischio di liquidità, invece, si manifesta in seguito all'incapacità della controparte di adempiere puntualmente ai propri impegni nei termini contrattualmente previsti, provocando uno squilibrio negli afflussi di cassa attesi dall'ente creditizio e dunque l'insorgere di possibili situazioni di illiquidità. Tecnicamente, esso può trovare origine nel *funding liquidity risk*, ovvero il rischio di non riuscire a fronteggiare adeguatamente eventuali uscite di cassa, e nel *market liquidity risk*, identificabile nell'impossibilità di convertire prontamente in liquidità un'attività finanziaria senza sostenere costi elevati.

Viceversa, per quanto attiene al rischio di credito, adottando una definizione largamente condivisa in ambito accademico, si intende il rischio che nell'ambito di un'operazione creditizia il debitore non assolva, anche parzialmente, ai suoi obblighi di rimborso del capitale e/o al pagamento degli interessi. La concessione di prestiti determina per la banca un'erogazione di risorse finanziarie a fronte della quale si pone il diritto ad ottenere, a scadenza futura, il rimborso del capitale e il pagamento degli interessi e delle commissioni secondo quanto contrattualmente stabilito. Pertanto, alla banca possono derivare pregiudizi in caso di mancato o ritardato rimborso (totale o parziale) di un prestito, con evidenti conseguenze negative osservabili sia sul piano reddituale, sia finanziario nonché in caso di deterioramento della capacità di rimborso della clientela, quand'anche questa non si manifesti con inadempimenti contrattuali ma, per esempio, con un decadimento della redditività gestionale o con l'aumento dei rischi aziendali. In tali circostanze, infatti, il valore delle attività rappresentate dai prestiti tende a diminuire perché il tasso di attualizzazione da applicarsi ai flussi futuri per la stima del valore medesimo deve essere aumentato per tener conto del maggiore livello di rischiosità. Risulta dunque evidente come il decadimento della qualità del credito erogato determini conseguenze di rilievo in termini di valore delle attività, con implicazioni negative sulla redditività gestionale della banca e, quando esso sia particolarmente grave, sulla solvibilità della banca medesima. A fronte di tale rischio, la dottrina e la stessa prassi bancaria rimarcano l'importanza che assumono un'adeguata diversificazione del portafoglio prestiti e l'adozione e il mantenimento nel tempo di idonei criteri e procedure per la valutazione, la selezione, il monitoraggio e il controllo della clientela affidata.

3. Le componenti del rischio di credito

L'esercizio del credito espone la banca al rischio di subire perdite parziali o totali del capitale concesso in prestito, perdite che possono essere attese o inattese. In base a quest'ultima distinzione è possibile individuare essenzialmente due componenti di tale

rischio: la perdita attesa, *expected loss*, e la perdita inattesa, *unexpected loss*. Tuttavia, solo la componente inattesa del rischio di credito costituisce una vera e propria fonte di rischio giacché le perdite attese devono essere stimate ed incluse negli accantonamenti prudenziali e nell'attività di pricing [3] effettuata a priori dalle banche. La perdita attesa dunque, potendo essere stimata *ex-ante*, si configura come una componente di costo già inclusa nelle aspettative dell'istituto di credito. La perdita attesa rappresenta il valore medio della distribuzione delle perdite che un'istituzione creditizia si attende di subire su un portafoglio di prestiti. Essa rappresenta la perdita, e quindi il costo, che la banca si aspetta *ex ante* di dover sostenere per l'esposizione creditizia nei confronti di un determinato portafoglio. La *Probability of Default* indica la probabilità che la controparte dell'esposizione versi in stato di default entro un orizzonte temporale definito. È, pertanto, una misura della rischiosità del debitore che viene riflessa nel suo merito creditizio.

La perdita inattesa può, invece, essere definita come “*la variabilità della perdita attorno al suo valore atteso (la perdita attesa)*”. Tale componente rappresenta la vera fonte di rischio di credito per la banca erogatrice in quanto indica l'eventualità che la perdita, a posteriori, si riveli maggiore di quella stimata *ex ante*, in sede di affidamento, e pertanto non trovi adeguata copertura nella componente di spread applicata sul tasso attivo del prestito in esame. Alle due diverse accezioni di perdita, corrispondono parimenti diverse ripercussioni dal punto di vista delle politiche di bilancio dell'istituto creditizio, in particolare per quanto riguarda la modalità di copertura delle stesse: le perdite attese saranno coperte mediante accantonamenti periodici costituiti dalle rettifiche di valore sui crediti imputate in conto economico (svalutazioni), pertanto rappresentano delle voci di costo nel bilancio dell'istituto creditizio, mentre le perdite inattese invece devono trovare corrispondente copertura in un'adeguata dotazione patrimoniale della banca erogatrice, la quale deve essere in grado di assorbirle.

4. Strumenti normativi per contenere il rischio di credito: gli accordi di Basilea

Data la rilevanza che l'attività di prestito assume rispetto al totale delle attività svolte dalle banche, il rischio di credito, generato dall'attività di prestito, finisce per costituire uno dei principali fattori di rischiosità e per divenire una delle più diffuse cause di crisi bancaria. Ne è riprova lo storico fallimento della banca tedesca *Bankhaus Herstatt* [4], datato 26 giugno 1974, che ha segnato un punto di svolta nella gestione normativa del rischio di credito, rendendo evidente la necessità di un accordo internazionale volto al rafforzamento della stabilità del sistema bancario ed all'introduzione di requisiti patrimoniali minimi omogenei per gli istituti creditizi. Alla fine di quell'anno, i governatori delle Banche Centrali dei paesi membri del G-10 [5] insieme a Lussemburgo e Spagna, diedero vita al Comitato di Basilea [6] con lo scopo di promuovere la cooperazione internazionale sul tema della vigilanza prudenziale, predisporre una serie di standard minimi di solvibilità per le banche e rafforzare la stabilità e l'affidabilità del sistema finanziario. Sin da allora il Comitato agisce

tramite la produzione di linee guida, raccomandazioni, *best practices* ed accordi che, pur non risultando formalmente vincolanti, sono stati oggetto di recepimento, con modalità divergenti tra una nazione e l'altra, da parte non solo dei paesi aderenti ma anche di molte altre nazioni che pur non essendo rappresentate in seno al Comitato hanno adottato gli Accordi di Basilea come standard di regolamentazione bancaria. Il primo importante traguardo raggiunto dal Comitato ha riguardato il raggiungimento, da parte delle banche, di un requisito patrimoniale minimo a fronte dei rischi insiti nelle loro attività. Tale richiesta è stata formalmente avanzata nel 1988 con il c.d. "*Accordo di Basilea I*" che ha introdotto l'obbligo di adozione del cd. "*coefficiente di solvibilità*" in base al quale il patrimonio minimo di vigilanza delle banche doveva essere pari all' 8% dell'attivo ponderato in relazione al rischio di perdita per inadempimento dei debitori. Il patrimonio di vigilanza era suddiviso in due blocchi: il patrimonio di base o *Tier 1*, pari ad almeno il 50% del *total capital*, comprendente il capitale azionario versato, le riserve palesi e una serie di possibili strumenti più o meno innovativi di capitalizzazione dotati di caratteristiche conformi alle linee fissate dal Comitato di Basilea e il patrimonio supplementare o *Tier 2*, pari al massimo al 100% del *Tier 1*, costituito dalle riserve da rivalutazione, dalle riserve occulte, dagli accantonamenti generici a fondi rischi su crediti, dagli strumenti ibridi di patrimonializzazione e dai prestiti subordinati ordinari di durata pari o superiore a 5 anni. Ai fini dell'applicazione di tale coefficiente, i crediti venivano ripartiti in alcune classi in base al loro rischio teorico e ad ognuna di esse veniva attribuita una ponderazione crescente in funzione del rischio di credito che andava dallo 0% per finanziamenti concessi a Stati sovrani caratterizzati da alto livello di affidabilità, sino al 100% per i normali crediti a imprese non assistiti da garanzie, e al 200% per i crediti oggetto di contenzioso.

Il coefficiente di solvibilità individuato dall'accordo di Basilea I costituiva un'evoluzione rispetto ai coefficienti dimensionali di solidità precedentemente in uso, i quali rappresentavano requisiti minimi di patrimonio rispetto al totale delle attività (senza prevedere ponderazioni per il rischio), e che per tale ragione avevano mostrato grossi limiti in quanto spingevano le banche ad effettuare operazioni di c.d. "*arbitraggio regolamentare*" aumentando le componenti più rischiose dell'attivo per incrementare i ricavi a parità di dimensione dell'esposizione con il risultato che si accresceva la mole di rischi assunti anziché limitarli. Nonostante, dunque, l'Accordo del 1988 abbia svolto un ruolo importante nel delineare l'odierna architettura del sistema finanziario internazionale esso non è stato immune da critiche. I principali limiti rinvenuti nel primo quadro regolamentare promosso dal Comitato di Basilea riguardavano anzitutto la gamma di ponderazioni da applicare alle varie tipologie di esposizioni, le quali non erano sufficientemente articolate e, pertanto, non adatte a differenziare sufficientemente i diversi profili di solvibilità dei debitori; così come la formula di calcolo del requisito patrimoniale appariva statica rispetto alle diverse fasi congiunturali e al ciclo economico.

Il riconoscimento di tali limiti spinse il Comitato ad un processo di riforma del sistema di

adeguatezza patrimoniale che ebbe come risultato, nel 2004, la stipula del “*Nuovo Accordo sui requisiti minimi di capitale firmato a Basilea*”, meglio noto con il nome di Basilea II. Il testo dell’Accordo è stato in seguito recepito dai vari ordinamenti nazionali, entrando in vigore nel nostro Paese a partire dal 2007 [7]. Pur mantenendo inalterati i principi basilari sui quali si fondava la vecchia disciplina, con il nuovo Accordo si è avuto un processo di riforma che non intaccava solamente i requisiti patrimoniali, estendendosi alla definizione del ruolo degli organi di vigilanza nazionale ed alla disciplina di mercato. Lo scopo principale è stato quello di assicurare una maggiore copertura dei rischi ed una loro più attenta misurazione, facendo leva soprattutto sugli strumenti e le tecniche presenti all’interno delle banche. La struttura della regolamentazione prudenziale introdotta con Basilea II si basa su “*tre pilastri*” o pillar.

Il primo pilastro introduce un requisito patrimoniale. Rispetto allo schema proposto dall’Accordo del 1988, se da un lato rimane sostanzialmente invariata la richiesta di una dotazione di capitale di vigilanza pari almeno all’8% delle attività ponderate per il rischio, dall’altro si registrano importanti novità per quanto riguarda la gamma di rischi considerati e le modalità che le banche possono adottare per individuarli e misurarli. In particolare, mentre il primo accordo contemplava esplicitamente solo due tipologie di rischio (il rischio di credito e, in un secondo momento [8], quello di mercato), con Basilea II trova espresso riconoscimento anche un insieme di rischi derivanti dall’inadeguatezza o dal malfunzionamento della struttura organizzativa bancaria ricompresi sotto la nomenclatura di “*rischio operativo*”. Il secondo pilastro richiede alle banche di dotarsi di una strategia e di un processo di controllo dell’adeguatezza patrimoniale, attuale e prospettica, risaltando il ruolo dell’autorità di vigilanza e rimettendo a questa il compito di verificare l’affidabilità e la coerenza dei relativi risultati e di adottare, ove la situazione lo richieda, le opportune misure correttive [9]. Il terzo pilastro introduce obblighi di informativa al pubblico riguardanti l’adeguatezza patrimoniale, l’esposizione ai rischi e le caratteristiche generali dei relativi sistemi di gestione e controllo. Tale pilastro ha introdotto la c.d. “*disciplina di mercato*” che dovrebbe portare il mercato, e non più soltanto l’autorità di vigilanza a penalizzare, mediante un maggior costo del reperimento di risorse finanziarie, gli operatori meno capaci nell’assumere, nel misurare e nel fronteggiare i rischi con un’adeguata dotazione patrimoniale. La *ratio* di tale disciplina trova fondamento nella convinzione che il mercato premi la trasparenza informativa permettendo alle banche più virtuose di finanziarsi a condizioni più favorevoli, penalizzando invece gli istituti meno capitalizzati.

La disciplina introdotta da Basilea II rafforza, inoltre, il legame tra requisiti di carattere patrimoniale e profili organizzativi, valorizzandone le sinergie tanto nella gestione delle banche quanto nella valutazione e negli interventi di carattere prudenziale. Per quanto concerne lo specifico trattamento previsto per il rischio di credito, il Nuovo Accordo di Basilea II ha recepito diverse delle critiche delle quali era stato oggetto il testo del 1988 attribuendo un ruolo fondamentale all’assegnazione del rating, espressione del merito

creditizio della controparte dell'esposizione. In tal senso, la novità introdotta dallo schema regolamentare del 2004, è stata la previsione della facoltà, per gli istituti creditizi, di affiancare all'uso dei rating esterni emessi dalle agenzie specializzate (ECAI – *External Credit Assessment Institution* [10]) anche la possibilità di produrre internamente un giudizio sul merito creditizio delle controparti. La definizione di Default rappresenta uno dei punti essenziali della disciplina introdotta da Basilea II, in particolare per l'applicazione del metodo dei rating interni; il concetto di default è infatti necessario per la stima di tutti i parametri di rischio (ad eccezione della scadenza).

Nell'ambito dello schema regolamentare previsto da Basilea II la definizione di insolvenza (o default) si basa su due criteri [11] : il primo, definito “*soggettivo*”, prevede la valutazione della capacità del debitore di adempiere in modo puntuale alle obbligazioni contrattuali; il secondo criterio, definito “*oggettivo*”, sancisce che i crediti scaduti da oltre 90 giorni, su qualunque obbligo di debito materiale con il gruppo bancario di riferimento, configurano il verificarsi dell'insolvenza. In proposito, Banca d'Italia, nell'ambito dei margini di discrezionalità che gli sono propri, ha previsto per i crediti *retail* e nei confronti di enti del settore pubblico che il limite di 90 giorni venga elevato a 180. Inoltre, le banche italiane potranno applicare il limite dei 180 giorni anche ai crediti del portafoglio corporate per un periodo transitorio di 5 anni.

Nel corso del 2013 è stata trasposta nell'ordinamento dell'Unione Europea l'ulteriore riforma degli accordi del Comitato di Basilea – nota come Basilea III- volta a rafforzare la capacità delle banche di assorbire shock derivanti da tensioni finanziarie ed economiche, indipendentemente dalla loro origine, riducendo in tal modo il rischio di contagio dal settore finanziario all'economia reale. L'ampio programma di iniziative avviato dal Comitato riflette l'esperienza maturata nel corso della crisi finanziaria del 2008. Tramite questo programma di riforme il Comitato ha inteso altresì migliorare la gestione del rischio e la governance delle banche, nonché rafforzare la loro trasparenza e informativa. Nel fare ciò il Comitato ha mantenuto l'approccio basato su tre pilastri, che era alla base dell'Accordo sul Capitale, integrandolo e rafforzandolo per accrescere quantità e qualità della dotazione di capitale degli intermediari finanziari, introducendo strumenti di vigilanza anticiclici, regole sulla gestione del rischio di liquidità e sul contenimento della leva finanziaria.

In ambito comunitario i contenuti di Basilea III, sono stati recepiti tramite due atti normativi: la Direttiva 2013/36/UE del 26 giugno 2013 (*Capital Requirements Directive IV* o CRD IV), che disciplina fra l'altro le modalità per l'accesso all'attività bancaria, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, il processo di controllo prudenziale, le riserve patrimoniali addizionali e il Regolamento UE {[https/URL](https://url)} (*Capital Requirements Regulation* o CRR), che disciplina gli strumenti di vigilanza prudenziale del primo pilastro e le regole di informativa al pubblico del terzo pilastro. Alla normativa europea si

affiancano le disposizioni emesse dalla Banca d'Italia con la Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 che raccoglie le disposizioni di vigilanza prudenziale, riferibili alle banche e ai gruppi bancari italiani, riviste e aggiornate per adeguare la normativa nazionale alle novità intervenute nel quadro regolamentare internazionale con particolare riguardo al nuovo assetto normativo e istituzionale della vigilanza bancaria dell'Unione Europea. La nuova versione dell'Accordo si muove su due fronti: la regolamentazione di tipo *microprudenziale* e quella *macroprudenziale*. A livello microprudenziale si è rafforzata la capacità delle banche di resistere a situazioni di stress estremo. La “Grande Recessione” [12] ha, infatti, evidenziato come gli istituti creditizi fossero impreparati ad affrontare un evento di tale portata. Le nuove regole introdotte da Basilea III hanno avuto un impatto non solo sull'ammontare di patrimonio da detenere ai fini di vigilanza, ma anche sulla qualità degli strumenti finanziari ammessi alla composizione del patrimonio stesso, includendo una definizione più stringente dei requisiti minimi che devono possedere tali strumenti. A livello macroprudenziale, l'obiettivo del nuovo impianto regolamentare è stato il contenimento del rischio sistemico, ovvero il rischio che uno shock circoscritto al sistema finanziario possa portare ad una destabilizzazione dell'intero sistema economico diffondendosi per mezzo delle numerose interconnessioni esistenti tra le varie istituzioni finanziarie, in particolare tra quelle sistematicamente rilevanti. Dal punto di vista operativo, con l'adozione di Basilea III sono stati introdotti nuovi indicatori di liquidità, viene richiesto alle banche il raggiungimento di adeguati livelli di liquidità allo scopo di sopportare eventuali deflussi di cassa che potrebbero tradursi in situazioni di stress nell'arco temporale di un mese (è il caso dell'indicatore di *Liquidity Coverage Ratio* – LCR) e di un anno (*Net Stable Funding Ratio* – NSFR). Il Terzo Accordo sul capitale ha inoltre previsto una nuova definizione del capitale di vigilanza. Sebbene permanga la richiesta di un coefficiente di solvibilità pari all'8% delle attività ponderate per il rischio, si modifica la nozione di capitale di vigilanza e la qualità degli strumenti finanziari ammessi alla sua composizione. Nel dettaglio, il capitale ai fini di vigilanza è dato dalla somma di due elementi: il *Capital Tier 1* – patrimonio di base - che deve rappresentare in qualsiasi momento almeno il 6% delle attività ponderate per il rischio (in Basilea II era il 4,5%). Esso è composto a sua volta da due elementi distinti: il *Common Equity Tier 1* (CET1), considerato la forma di capitale con la qualità più elevata, deve costituire in ogni momento perlomeno il 4,5% delle attività ponderate per il rischio ed è formato da azioni ordinarie, riserve da sovrapprezzo, utili ritenuti, riserve di rivalutazione ed una serie di ulteriori aggiustamenti normativi e l'*Additional Tier 1*, composto da strumenti patrimoniali che, pur non avendo i requisiti per essere ammessi nel CET1, hanno piena capacità di assorbire le perdite. Al *Capital Tier 1* va poi aggiunto il *Capital Tier 2* – Patrimonio supplementare.

Tra le altre novità introdotte da Basilea III merita, poi, una menzione particolare la previsione dell'obbligo di detenzione di un *buffer* [13] di conservazione del capitale, costituito da strumenti di common equity, fino ad un importo del 2,5% delle attività ponderate per il rischio. Gli scopi perseguiti sono essenzialmente due: assicurarsi che le

banche siano in grado di assorbire le perdite conseguenti a periodi di stress duraturi, e mitigare la prociclicità [14] del settore finanziario, assicurando che le banche accumulino un capitale aggiuntivo rispetto ai minimi regolamentari. Viene inoltre disciplinata l'introduzione di un nuovo requisito il c.d. "*leverage ratio*", calcolato come il rapporto tra il *Capital Tier 1* e la "*Total Exposure*", ovvero la somma di tutte le esposizioni ed asset fuori bilancio che non rientrano nel calcolo del *Capital Tier 1*, tale rapporto deve essere in ogni momento superiore o uguale alla soglia del 3%.

Dunque, le regole introdotte con Basilea III pur non intervenendo formalmente sul requisito patrimoniale in termini di *total capital ratio*, che resta pari all' 8%, consentono anzitutto di migliorare la qualità del capitale delle banche, con riguardo soprattutto alle due componenti del Tier 1, e, in secondo luogo, di aumentare la dotazione patrimoniale delle stesse.

5. Contesto normativo e default

Il Regolamento dell'Unione Europea del 26 giugno 2013, n. 5751 sui requisiti di capitale delle banche (c.d. *Capital Requirements Regulation* – CRR) introduce all'art. 178 specifiche disposizioni sul default di un debitore, dando mandato all'Autorità Bancaria Europea (EBA) di emanare le linee guida sull'applicazione della definizione di default e alla Commissione Europea di adottare un Regolamento delegato circa la misura della "*soglia di rilevanza*" delle esposizioni c.d. *in arretrato*, sulla base delle norme tecniche di regolamentazione pubblicate dall'EBA. Il 28 settembre 2016, l'EBA ha pubblicato le linee guida in materia di definizione di default e contestualmente le norme tecniche sulla cosiddetta "*soglia di rilevanza*". La Commissione Europea con il Regolamento delegato (UE) n. 171 del 19 ottobre 2017 ha, quindi, specificato i criteri per la fissazione della soglia di rilevanza, a cui si dovranno attenere le autorità di vigilanza. Sulla base di tali indicazioni, poi, Banca d'Italia ha emanato la Comunicazione 26 giugno 2019 attraverso la quale ha dato notizia delle modifiche introdotte ed ha novellato, in ossequio al predetto Regolamento delegato e agli orientamenti sull'applicazione della definizione di default ex art. 178 del Regolamento (UE) n. 575/2013 (EBA/GL/2016/07, di seguito GL), il paragrafo relativo alla qualità del credito della Circolare n.272, meglio nota come "*Matrice dei conti*". Le modifiche attengono ai seguenti profili [15] :

- ai fini dell'identificazione e classificazione delle esposizioni creditizie deteriorate è richiesto che le banche tengano anche conto di quanto previsto dalle Linee Guida sull'applicazione della definizione di default;
- le esposizioni creditizie deteriorate devono, durante il "*cure period*" di 3 mesi previsto dal paragrafo 71 delle Linee Guida, continuare a essere segnalate nelle pertinenti categorie nelle quali le stesse si trovavano;
- le soglie di rilevanza (*relativa* e *assoluta*) al superamento delle quali decorre il conteggio dei giorni di scaduto sono allineate a quanto previsto dal RD e dalla

Circolare n. 285 della Banca d'Italia;

- non è più possibile compensare le esposizioni scadute e/o sconfinanti esistenti su alcune linee di credito con i margini disponibili esistenti su altre linee di credito concesse al medesimo debitore;
- sono recepiti una serie di trattamenti specifici previsti dalle Linee Guida, ad esempio in materia di operazioni di factoring e di esposizioni di natura commerciale verso le amministrazioni centrali, le autorità locali e gli organismi del settore pubblico.

Di converso, risultano automaticamente modificate le disposizioni della Circolare n. 115 del 7 agosto 1990 *“Istruzioni per la compilazione delle segnalazioni di vigilanza su base consolidata”* e la Circolare n.262 del 22 dicembre 2005 *“Il bilancio bancario: schemi e regole di compilazione”*, per effetto dei rinvii previsti dalle stesse, alla Matrice dei conti.

6. La nuova definizione di default

L'articolo 178 del Regolamento (UE) n. 575/2013 disciplina la definizione di default prudenziale. Un debitore è considerato in stato di default quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

- a. condizione soggettiva, *“unlikelihood to pay”* – l'intermediario giudica improbabile che, senza il ricorso ad azioni quale l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente alla sua obbligazione;
- b. condizione oggettiva, *“past-due criterion”* – il debitore è in arretrato da oltre 90 giorni consecutivi nel pagamento di un'obbligazione rilevante;

Il Regolamento Delegato stabilisce i criteri rispetto ai quali un'esposizione creditizia scaduta va considerata rilevante e, quindi, in stato di default secondo la condizione oggettiva, indicando inoltre i termini assoluti e relativi per l'applicazione della soglia ai fini prudenziali. Con funzione integrativa rispetto al Regolamento Delegato, le GLs [16] specificano i criteri di calcolo dei giorni di scaduto per la classificazione a default, i criteri di uscita dallo stato di default, gli indicatori qualitativi e quantitativi da considerare ai fini dell'identificazione del probabile inadempimento. Occorre precisare che il Regolamento Delegato e le Linee Guida si applicano a tutti gli enti, a livello individuale e consolidato, a prescindere dall'approccio utilizzato per il calcolo del rischio di credito [17].

Gli orientamenti EBA specificano al paragrafo 11 le modalità mediante cui, gli enti che utilizzano il modello basato su rating interni, devono applicare per la prima volta tali orientamenti. È richiesto loro di valutare e conseguentemente rettificare, ove necessario, i propri sistemi di rating, in modo che le stime dei parametri di rischio rispecchino la nuova definizione di default, effettuando:

- ove possibile, la rettifica dei dati storici sulla base della nuova definizione di default;

- la valutazione della rilevanza dell'impatto, su tutti i parametri di rischio e sui requisiti di fondi propri, della nuova definizione di default e la comparazione con la definizione precedente, ove applicabile, dopo aver effettuato le pertinenti rettifiche dei dati storici;
- la previsione di un ulteriore margine di cautela nei propri sistemi di rating, in modo da considerare possibili distorsioni delle stime di rischio derivanti dalla discordante definizione di default nei dati storici utilizzati per i modelli.

7. Nuove soglie di rilevanza per la classificazione di un'esposizione a default

Ai sensi dell'art. 178, comma 2, lettera d) della CRR: *“la rilevanza di un'obbligazione creditizia in arretrato è valutata rispetto ad una soglia fissata dalle autorità competenti. Tale soglia riflette il livello di rischio che l'autorità competente ritiene ragionevole.”* La Commissione con il Regolamento Delegato ha adottato le norme tecniche di regolazione dell'EBA [18], prevedendo che le soglie di rilevanza siano espresse:

- In termini assoluti [19] : 100 euro per le esposizioni al dettaglio [20] e 500 euro per le altre esposizioni. Le Autorità competenti possono prevedere un ammontare inferiore.
- In termini relativi [21] : 1% dell'importo complessivo di tutte le esposizioni del cliente verso la banca (cd. esposizione lorda) [22] .

Un'esposizione scaduta va considerata rilevante solo se supera entrambe le soglie assoluta e relativa.

8. I criteri di calcolo dei giorni di scaduto

Il Regolamento Delegato prevede che la classificazione a default avvenga al superamento delle soglie di rilevanza per 90 giorni consecutivi [23] .

Il conteggio dei giorni consecutivi di scaduto inizia solo dopo il superamento delle soglie di rilevanza. Le Linee Guida EBA specificano che il conteggio ai fini della classificazione a default decorre dalla data in cui *“l'importo del capitale, degli interessi o delle commissioni non sia stato pagato alla data in cui era dovuto”* [24] vale a dire dal momento in cui esso diviene esigibile in base al diritto a esso applicabile. Per il calcolo dei giorni di arretrato è specificato che:

- nel caso in cui il contratto di credito preveda una modifica del programma dei pagamenti, il conteggio dei giorni di arretrato si basa sul nuovo programma;
- nel caso in cui il rimborso dell'obbligazione sia sospeso in virtù di una normativa che preveda questa possibilità o in virtù di altre restrizioni legali, il conteggio dei giorni di arretrato è sospeso durante tale lasso di tempo;
- nel caso in cui il rimborso dell'obbligazione sia oggetto di una controversia tra

debitore e l'ente, il conteggio dei giorni di arretrato è sospeso sino alla soluzione della controversia.

Il termine dei 90 giorni è esteso a 180 giorni dal superamento di entrambe le soglie se:

- tutte le esposizioni incluse nel calcolo dell'obbligazione creditizia in arretrato sono garantite da immobili residenziali o da immobili non residenziali di PMI [25] ;
- le esposizioni incluse nel calcolo dell'obbligazione creditizia in arretrato sono esposizioni verso organismi del settore pubblico.

Specifiche indicazioni sono anche fornite per il conteggio dei giorni di scaduto nel caso di operazioni di *factoring* [26] .

Essenziale è che il calcolo della somma di tutti gli importi arretrati connessi a un'obbligazione creditizia del debitore verso l'ente, verso la sua impresa madre o verso una delle filiazioni del suddetto debitore venga effettuato con una frequenza che consenta la tempestiva identificazione del default [27] .

Se il debitore risponde al criterio di arretrato, tutte le esposizioni verso di questi sono considerate in stato di default a meno che non si verifichi una delle seguenti condizioni:

1. le esposizioni sono ammissibili come esposizioni al dettaglio e l'istituto applica la definizione di default a livello di singola linea di credito;
2. l'istituto ritiene che si sia verificata una cosiddetta “*situazione tecnica di arretrato*” [28] .

L'art. 178 del regolamento (UE) {[https/URL](https://URL)}

Un'importante novità rispetto alla disciplina passata riguarda la compensazione. La banca infatti, ai sensi della nuova disciplina, classifica in default il debitore anche se quest'ultimo presenta margini ancora disponibili su sue altre linee di credito. Tali importi non potranno più essere utilizzati per compensare gli inadempimenti in essere su altre sue posizioni.

9. Elementi indicativi di probabile inadempimento

Ai fini dell'improbabile adempimento di cui all'art. 178, paragrafo 3, lettera a), del regolamento (UE) n. 575/2013, gli enti devono tener conto del fatto che “*un debitore si trova in una situazione di improbabile adempimento nel caso in cui l'interesse connesso alle obbligazioni creditizie non sia più iscritto nel conto economico dell'istituto a causa della diminuzione della qualità creditizia dell'obbligazione*”. A tal proposito l'EBA fornisce alla banca un elenco, non esaustivo, di elementi indicativi del probabile inadempimento. Dovrebbero essere considerate come risultato di un significativo scadimento del merito di credito di un'obbligazione creditizia e, di conseguenza,

dovrebbero essere considerate come una indicazione dell'improbabile adempimento:

- le rettifiche specifiche di valore sui crediti, risultato di un significativo peggioramento del merito di credito;
- la ristrutturazione onerosa, concessioni nei confronti di un debitore che fronteggia o è in procinto di fronteggiare difficoltà nell'onorare i propri impegni finanziari. Il debitore dovrebbe essere classificato in stato di default quando le relative misure di *forbearance* implicano una ridotta obbligazione finanziaria (una remissione del debito o un differimento dei pagamenti) per un ammontare superiore alla soglia dell'1 %;
- altre informazioni disponibili in possesso delle banche (ad esempio, fonti di reddito insufficiente per pagare le rate; dubbi sulla capacità di generare flussi cassa sufficienti; aumento significativo leva finanziaria [29] ; etc)

10. Ritorno *in bonis*

Il paragrafo 31 delle Linee Guida EBA disciplina i criteri per il ritorno ad uno stato di non default. A tal fine è richiesto anzitutto che siano trascorsi almeno tre mesi dal momento in cui non ci siano più le condizioni determinanti lo stato di default. Durante tale periodo la banca è tenuta a monitorare il comportamento del debitore e la sua situazione finanziaria. Trascorsi tre mesi, l'esposizione esce dal default se la banca è soddisfatta del miglioramento della qualità creditizia del debitore. Diversamente, laddove l'ente constati ancora l'improbabile adempimento integrale delle proprie obbligazioni senza l'escussione di garanzie, le esposizioni dovranno continuare a essere classificate come in default fino a che l'ente giudichi il miglioramento della qualità creditizia come effettivo e permanente. Le Linee Guida specificano inoltre che tali condizioni devono essere verificate anche con riferimento alle nuove esposizioni verso il debitore, in particolare se le precedenti esposizioni verso il debitore, classificate a default, siano state vendute o annullate.

Infine, per le esposizioni *forborne* sono previste prescrizioni aggiuntive per il ritorno in bonis, ovvero, occorrerà comunque che sia trascorso almeno un anno dal momento della concessione della misura.

11. Il “contagio” del default

Il default di un'obbligazione creditizia congiunta comporta, nel caso in cui la banca applichi la definizione di default a livello di debitore, la classificazione in default di tutte le altre obbligazioni creditizie congiunte verso il medesimo insieme dei debitori nonché delle obbligazioni detenute dagli stessi singoli debitori. Il default di un singolo debitore, invece, non si estende automaticamente alle sue eventuali obbligazioni congiunte con altri debitori.

Ai sensi del paragrafo 96 del regolamento n. 575 del 2013, infatti, “*gli enti dovrebbero considerare un'obbligazione creditizia congiunta come un'esposizione nei confronti di due*

o più debitori che sono ugualmente responsabili del rimborso dell'obbligazione creditizia. Tale nozione non si estende a obbligazioni creditizie di singoli debitori garantite da un'altra persona fisica o giuridica sotto forma di garanzia o di altra tutela del credito" [30] .

Qualora la banca scelga di applicare la definizione di default a livello di debitore e classifichi il debitore in stato di default anche tutte le altre banche e intermediari finanziari del gruppo di appartenenza valuteranno la possibilità di classificarlo in maniera analoga, anche nella circostanza in cui tale debitore non presenti esposizioni in arretrato verso questi ultimi, al fine di garantire l'uniformità nello stato classificativo. Inoltre, una banca appartenente ad un gruppo deve valutare l'eventuale superamento della soglia di rilevanza per oltre 90 giorni consecutivi con riferimento non solo alle esposizioni del debitore nei confronti della banca, ma anche a quelle nei confronti delle banche e degli intermediari dell'intero gruppo.

12. Conclusioni

L'evoluzione regolamentare realizzata a livello europeo negli ultimi anni, che mira al raggiungimento del cd. *"level-playing field"*, ha determinato per tutte le banche europee straordinari sforzi in termini di implementazioni e adeguamento dei processi amministrativi e manageriali interni ai dipartimenti di Risk Management, Accounting e Regulatory Reporting. Il processo di armonizzazione normativa, inaugurato con gli accordi di Basilea, ha previsto, da ultimo, l'introduzione di una nuova definizione di default. Come si è già avuto modo di osservare, la nuova disciplina introduce criteri più stringenti che avranno un impatto significativo anzitutto sui processi interni alla banca conseguenti ai numerosi e delicati adempimenti necessari per effettuare correttamente le segnalazioni di vigilanza (che riguardano ad esempio i default tecnici, la soglia di materialità e le misure di tolleranza) ed ulteriori conseguenze preoccupanti si registreranno a causa dell'abbassamento della soglia di materialità relativa, che passerà dal 5% all' 1%, e dell'introduzione di soglie assolute particolarmente basse, 100 euro per la clientela retail e 500 euro per la clientela non retail. L'effetto dirompente della normativa oggetto di approfondimento è iconograficamente rappresentato dalle risultanze di un recente studio di Crif, effettuato su un campione rappresentativo del sistema bancario, secondo il quale la nuova regolamentazione produrrà il deterioramento di posizioni finora considerate in *bonis* in misura pari al 7,5 % della clientela totale, un'enormità.

Si attendono conseguenze rilevanti anche in termini contabili, difatti, secondo quanto previsto dal principio contabile IFRS 9, posizioni attualmente rientrati nello Stage 1 o nello Stage 2, dovrebbero essere classificate, in seguito all'adozione dei nuovi e più stringenti criteri, nello Stage 3, determinando l'emergere di costi di natura finanziaria, costituiti da rettifiche di valore (accantonamenti) da iscrivere a conto economico e conseguenti al

peggioramento del merito creditizio. L'effetto netto è una riduzione dell'utile, quindi, una contrazione della redditività. A tali costi dovranno affiancarsi, inoltre, costi di natura amministrativa e operativa connessi alla gestione delle posizioni a default. Sulla base dell'impianto prudenziale previsto da Basilea, un incremento delle insolvenze determinerà, in aggiunta, un maggiore assorbimento di capitale regolamentare, riducendo le possibilità per la banca di ampliare i propri attivi tramite, ad esempio, l'esercizio del credito. A fronte di tali evidenze si rende necessario per gli istituti di credito implementare i processi di monitoraggio e di *early warning* al fine di intercettare tempestivamente segnali sintomatici di difficoltà finanziarie e, in questo modo, prevenire o contenere gli effetti del deterioramento del merito creditizio. Proprio in tal senso occorre leggere la recentissima scelta compiuta dalla Banca Nazionale del Lavoro, parte del gruppo *BnpParibas*, di adottare una linea rigorosa circa l'applicazione delle normativa in esame al punto che, dallo scorso 7 dicembre, i clienti del gruppo francese non possono più andare in rosso sul conto corrente pena il diniego degli addebiti automatici in assenza di adeguata liquidità sul conto. Nella comunicazione inviata dall'istituto alla clientela si precisa che il giorno della scadenza del pagamento via addebito la banca verificherà la presenza dei fondi necessari alla copertura dell'importo e, laddove, registrerà un'incapienza invierà una notifica al cliente il quale entro le 15 dello stesso giorno dovrà depositare i fondi necessari per la copertura del fabbisogno, diversamente il pagamento verrà bloccato e il consumatore risulterà moroso nei confronti del proprio creditore. Il severo meccanismo previsto da BNL, che consente di prevenire la formazione di crediti deteriorati, è solo il primo di una serie di stravolgimenti nel rapporto Banca-Cliente che la nuova definizione di default porterà con sé.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Il Trading book identifica la parte di portafoglio destinato all'attività di negoziazione. Con tale termine ci si riferisce in particolare ai titoli e agli strumenti finanziari in genere detenuti per tempi brevi.

[2] Il Banking book include tutte le attività che non sono incluse nel Trading Book. Sono incluse in esso gran parte delle attività (prestiti, depositi) detenute fino alla scadenza o comunque in un'ottica di lungo termine.

[3] L'attività di pricing attiene alla procedura di determinazione del tasso da applicare ai prestiti che si attua in varie fasi: nella valutazione del rischio, nella successiva determinazione del costo ed infine nella determinazione del prezzo.

[4] La Bankhaus Herstatt era un istituto di medie dimensioni molto attivo sui mercati valutari. In data 26 giugno 1974 venne avviata la procedura di liquidazione da parte delle autorità dell'ex Repubblica Federale tedesca a causa delle operazioni poco trasparenti in cui era coinvolta la banca.

[5] Belgio, Canada, Francia, Germania, Italia, Giappone, Olanda, Regno Unito, Svezia, Svizzera, Usa.

[6] Il Comitato di Basilea prende il nome dalla città di Basilea in cui ha sede la Banca dei Regolamenti Internazionali che ospita il Comitato.

[7] In Italia la disciplina introdotta da Basilea II è stata recepita con il decreto n.297 del 27 dicembre 2006.

[8] Con l'emendamento del 1996 dell'Accordo sul capitale il Comitato di Basilea ha incorporato i rischi di mercato.

[9] Si segnala in particolare la facoltà per le Banche Centrali nazionali di richiedere, qualora lo ritengano necessario, una copertura patrimoniale superiore a quella minima.

[10] Le Agenzie esterne di valutazione del merito di credito sono istituzioni specializzate in possesso di determinati requisiti quali credibilità e indipendenza nonché oggettività e trasparenza nel giudizio circa il merito creditizio della clientela di istituzioni finanziarie che si avvalgono del metodo standardizzato per il calcolo del requisito patrimoniale.

[11] Banca d'Italia, Luglio 2006, "Metodo dei Rating interni per il calcolo del requisito patrimoniale a fronte del rischio di credito".

[12] La crisi del 2008 è scoppiata negli Stati Uniti nel 2006 in seguito alla crisi dei Subprime e del mercato immobiliare.

[13] Una banca non in grado di rispettare questo requisito è assoggettata a vincoli automatici alla distribuzione di utili o al pagamento di bonus, sino a quando non sia ricostruito il cuscinetto di capitale aggiuntivo.

[14] Fenomeno per cui in periodo di espansione economica l'erogazione del credito tende ad aumentare eccessivamente, contraendosi invece nelle fasi di recessione. Ciò causa problemi alle imprese che hanno una parte rilevante dei loro finanziamenti a breve termine, in caso di crisi esse infatti non troveranno finanziamenti per sostenere le loro esigenze di liquidità.

[15] Comunicazione del 26 giugno 2019 – Segnalazioni statistiche di vigilanza e bilancio delle banche: modifiche relative alla "qualità del credito", Banca d'Italia

[16] EBA/RTS/2016/06 "Nuove tecniche di regolamentazione relative alla soglia di rilevanza delle obbligazioni creditizie in arretrato".

[17] Metodologia standardizzata o basata su rating interni IRB, di cui al paragrafo 1.4 del Capitolo I. L'applicazione delle Linee Guida e del Regolamento Delegato è prevista per il metodo basato su rating interni alla parte tre, titolo II, capo 3, del regolamento (UE) n. 575/2013; si applica al metodo standardizzato ai sensi del rinvio all'articolo 178 contenuto nell'articolo 127 del regolamento (UE) n. 575/2013.

[18] EBA/RTS/2016/06 del 28/09/2016 «Final Report: Draft Regulatory Technical Standards on the materiality threshold for credit obligations past due under article 178 of Regulation (EU) n. 575/2013»

[19] La componente assoluta si riferisce all'importo massimo dell'esposizione creditizia in arretrato

[20] Rientrano in questa categoria le esposizioni che riguardano persone fisiche e PMI.

[21] La componente relativa è rappresentata dalla percentuale che esprime il rapporto tra l'importo dell'obbligazione creditizia in arretrato e l'importo complessivo di tutte le esposizioni verso lo stesso debitore iscritte nel bilancio dell'ente.

[22] Le autorità competenti possono individuare una soglia diversa, compresa nell'intervallo da 0 a 2,5%, nel caso ritengano che la soglia di rilevanza dell'1% non corrisponda a un livello ragionevole di rischio.

[23] Tale disposizione si applica sia per le esposizioni al dettaglio che per le esposizioni diverse dalle esposizioni al dettaglio.

[24] Paragrafo 16, Linee Guida EBA

[25] In modo conforme a quanto stabilito dall'articolo 178, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 575/2013 per tali esposizioni.

[26] “Orientamenti sull'applicazione della definizione di default ai sensi dell'art. 178 del regolamento (UE) {https/URL}

[27] “Orientamenti sull'applicazione della definizione di default ai sensi dell'articolo 178 del regolamento (UE) {https/URL}

[28] “Orientamenti sull'applicazione della definizione di default ai sensi dell'articolo 178 del regolamento (UE) {https/URL} :

- nel caso in cui un ente stabilisca che lo stato di default si è verificato quale risultato di errore a livello di dati o di sistema dell'ente, compresi errori manuali nelle procedure standardizzate, con esclusione di decisioni errate sul credito;
- nel caso in cui un ente stabilisca che il default si è verificato in conseguenza della mancata, inesatta o tardiva esecuzione dell'operazione di pagamento disposta dal debitore, o qualora sia comprovato che il pagamento non ha avuto esito positivo a causa del mancato funzionamento del sistema di pagamento;
- quando a causa della natura dell'operazione intercorra un lasso di tempo tra la ricezione del pagamento da parte di un ente e l'attribuzione di tale pagamento al conto interessato, per cui il pagamento è stato effettuato entro i 90 giorni e l'accredito sul conto del cliente ha avuto luogo dopo 90 giorni di arretrato;
- nel caso specifico di accordi di factoring e di conseguente registrazione dei crediti commerciali acquistati nel bilancio dell'ente con superamento della soglia di rilevanza indicata dall'autorità competente, in conformità all'articolo 178, paragrafo 2, lettera d), del regolamento (UE) n. 575/2013, ma senza che i crediti commerciali del debitore siano scaduti da oltre 30 giorni.

[29] La leva finanziaria o rapporto d'indebitamento è un indicatore utilizzato per misurare l'indebitamento di un'azienda.

[30] “Orientamenti sull'applicazione della definizione di default ai sensi dell'articolo 178 del regolamento (UE) {https/URL}

Bibliografia:

Banca d'Italia, *“Aggiornamenti delle segnalazioni delle banche e degli altri intermediari vigilati in relazione alla “Nuova Definizione di Default” europea”*, documento per la consultazione, giugno 2020

Banca d'Italia, *“Applicazione della definizione di default ai sensi dell'art 178 del Regolamento (UE) n. 575/2013 e adeguamento delle definizioni di esposizioni creditizie deteriorate”*, 2020.

Banca d'Italia, *“Attuazione del Regolamento Delegato (UE) n. 171/2018 della Commissione Europea del 19 ottobre 2017 e degli Orientamenti sull'applicazione della definizione di default ai sensi dell'articolo 178 del Regolamento (UE) {https/URL}* Documento per la consultazione, marzo 2019.

Banca d'Italia, *“Vigilanza Bancaria e finanziaria, Matrice dei Conti”* Circolare n. 272 del 30 luglio, 2008.

Basel Committee of Banking Supervision, *“The standardized approach to credit risk, supporting document to the New Basel Capital Accord”*, Bank for International Settlements, 2020.

Bottiglia R., Cucurarchi P., Dell'Atti S., Ferrari P., Ruozi R., *“Economia della banca”*, Terza edizione, Egea, Milano, 2016.

EBA, *“EBA Final Draft Implementing Technical Standards”*, 2014

EBA, *“Orientamenti sull'applicazione della definizione di default ai sensi dell'articolo 178 del regolamento (UE) n. 575/2013”*, 2017

Forestieri, G. Caselli, S., *“Miti e verità di Basilea 2”*, 2004.

Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, *“Regolamento Delegato (UE) 2018/171 della Commissione del 19 Ottobre 2017”*, 2018

Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, *“Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013”*, 2013

Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, *“Regolamento (UE) 2016/2067 della Commissione del 22 novembre 2016”*, 2016.

Resti, A., *“Misurare e gestire il rischio di credito nelle banche: una guida metodologica”*, 2001

Sitografia:

<http://www.dirittobancario.it>

<https://www.abi.it>

<https://www.abi.it>

<https://www.crif.it>

<https://www.riskcompliance.it>

<http://www.revisorionline.it>

IL CONSIGLIO DI STATO SULLA NOZIONE DI ATTO PRESUPPOSTO

Il Consiglio di Stato, Sez. III, con sent. del 10 novembre 2020, n. 6922, ha ribadito il seguente principio: «la nozione di atto presupposto è fondata, in relazione ad atti di un unico procedimento o anche ad atto autonomi, sull'esistenza di un collegamento fra gli atti stessi, così stretto nel contenuto e negli effetti, da far ritenere che l'atto successivo sia emanazione diretta e necessaria di quello precedente, così che il primo è in concreto tanto condizionato dal secondo nella statuizione e nelle conseguenze da non potersene discostare».

autore **Vincenzo Visone**



Abstract ENG

Il Consiglio di Stato, Sez. III, con sent. del 10 novembre 2020, n. 6922, ha ribadito il seguente principio: «la nozione di atto presupposto è fondata, in relazione ad atti di un unico procedimento o anche ad atto autonomi, sull'esistenza di un collegamento fra gli atti stessi, così stretto nel contenuto e negli effetti, da far ritenere che l'atto successivo sia emanazione diretta e necessaria di quello precedente, così che il primo è in concreto tanto condizionato dal secondo nella statuizione e nelle conseguenze da non potersene discostare». The Council of State, Section III, with sentence of 10 November 2020, n. 6922, reaffirmed the following principle: «the notion of a presupposed act is based, in relation to acts of a single proceeding or even an autonomous act, on the existence of a connection between the acts themselves, so close in content and in effect, as to lead to believe that the subsequent act is a direct and necessary emanation of the previous one, so that the first is concretely conditioned by the second in its ruling and consequences that it cannot deviate from it».

Sommario: 1. Introduzione; 2. La disciplina del codice di rito riguardo al tema della connessione fra atti amministrativi; 3. I criteri per la individuazione del nesso di presupposizione; 4. Le problematiche processualistiche; 5. La relazione tra atto procedimentale e provvedimento finale; 6. Il principio del *tempus regit actum*; 7. I nodi esegetici del nesso di presupposizione e i relativi effetti; 8. La recente sentenza del Consiglio di Stato Sez. III, sentenza n. 6922 del 10 novembre 2020; 9. Considerazioni finali

1. Introduzione

Il corretto inquadramento giuridico e l'esatta individuazione del regime giuridico degli atti

presupposti e degli atti presupponenti non possono prescindere dalla dovuta considerazione delle diverse forme e della diversa intensità della patologia invalidante gli atti e i provvedimenti amministrativi, dei rapporti tra atto e provvedimento nonché della possibile anticipazione nel tempo degli effetti che i medesimi sono destinati a produrre, dall'ampiezza della tutela giurisdizionale loro riservata, della rilevanza del principio del contraddittorio e dell'attuale conformazione del giudizio amministrativo.

Il nesso di presupposizione tra atti e provvedimenti, infatti, giustifica la propagazione dell'invalidità di un atto presupposto all'atto presupponente. Salvo quanto si dirà nel prosieguo, in tale ipotesi sussiste la cd. invalidità derivata, che può essere di due tipi: invalidità derivata ad efficacia caducante e invalidità derivata ad effetto viziante.

La prima fattispecie si verifica allorché vi sia un nesso di stretta causalità, di consequenzialità diretta e necessaria tra i due atti: il secondo atto costituirebbe una mera esecuzione del primo. L'invalidità derivata ha efficacia viziante allorquando l'atto successivo non costituisce una conseguenza inevitabile del secondo, ma richiede nuovi ed ulteriori apprezzamenti che segnano una discontinuità tra le diverse determinazioni della pubblica amministrazione e impongono al loro destinatario di impugnarle autonomamente [1].

Le riflessioni sulla categoria dell'invalidità derivata, unitamente alla disamina delle diatribe dottrinali e giurisprudenziali che l'hanno riguardata, risultano di difficile comprensione se non si ha cura di precisare in cosa consiste il rapporto di presupposizione e non ci si rende conto dei differenti criteri utilizzati per individuare un tale tipo di relazione.

La presupposizione, secondo autorevole dottrina, è una forma particolarmente intensa di connessione tra provvedimenti [2]. La figura della connessione postula un collegamento funzionale tra deliberazioni autoritative che promanano da distinte amministrazioni i cui destinatari non sono perfettamente sovrapponibili. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai regolamenti delle Regioni e ai relativi atti attuativi emanati dagli enti comunali o alle istanze di due soggetti, cronologicamente successive e logicamente inconciliabili, anelanti al medesimo bene della vita.

L'istituto di cui si discorre, invero, trova la sua matrice teorica nell'istituto civilistico del collegamento negoziale, di elaborazione dottrinale, sussistente ove più contratti autonomi, ciascuno caratterizzato da una propria causa, costituiscano oggetto di stipulazioni coordinate, nell'intenzione delle parti, alla realizzazione di uno scopo unitario. La fattispecie *de qua* è governata dal principio *simul stabunt simul cadent*, per cui l'illegittimità di un contratto si propaga a quello collegato [3].

2. La disciplina del codice di rito riguardo al tema della connessione fra atti amministrativi

Sebbene il collegamento tra atti sia stato reputato un principio immanente al sistema amministrativo, nel codice del processo amministrativo si rinviene una disciplina piuttosto embrionale. L'art. 32 del c.p.a., in particolare, si limita a stabilire che è sempre ammissibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse, proposte in via principale o in via incidentale.

Il codice, come rilevato da autorevole dottrina, recepisce un consolidato orientamento giurisprudenziale a parere del quale il ricorso rivolto verso atti diversi, ma collegati tra loro, deve essere accolto spoglio da formalismi superflui, in un'accezione attenta alla giustizia sostanziale e al principio di ragionevolezza, sicché è da reputarsi ammissibile il ricorso cumulativo quando sussistono oggettivi elementi di connessione tra i diversi atti ovvero allorché le domande cumulativamente avanzate si basino sugli stessi presupposti di fatto o di diritto riconducibili ad un medesimo rapporto di diritto pubblico o ad una unica sequenza procedimentale [4].

L'art. 32 del codice del processo amministrativo, d'altro canto, si fa carico di un altro aspetto squisitamente processuale della connessione, concernente il rito applicabile qualora gli atti connessi siano assoggettati a procedure diverse. Il primo comma della disposizione in esame, infatti, statuisce che ove ricorra detta ipotesi si applica il rito ordinario, salvo quanto disposto dai capi I e II del Titolo V del Libro IV.

L'art. 13 del c.p.a., viceversa, è dedicato precipuamente al rapporto di presupposizione; in ossequio a tale referente normativo, la competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento, eccettuati gli atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza.

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire che la previsione di cui all'art. 13, comma 4 *bis*, deve intendersi logicamente riferita ai soli atti "generali" i quali, ancorché privi per il ricorrente di immediata lesività e quindi destinati a essere impugnati unitamente ai successivi atti applicativi, abbiano però pur sempre valenza provvedimentale o quantomeno rilevanza esterna o comunque legati da un rapporto di presupposizione [5].

Quest'ultimo, come già accennato, rappresenta una forma particolarmente intensa di connessione. Occorre soffermarsi sul suo esatto significato e sui criteri a cui appellarsi per la verifica della sua esistenza.

In primo luogo, va operato un distinguo fondato sul tipo di relazione intercorrente tra gli atti amministrativi. La dottrina, infatti, non nutre alcun dubbio in ordine all'operatività del cd.

principio di derivazione, in forza del quale sul provvedimento amministrativo finale si riverberano tutti i vizi verificatisi nel corso del procedimento, con riferimento agli atti ascrivibili ad un medesima serie procedimentale; viceversa, se i provvedimenti amministrativi sono legati da una relazione esterna al procedimento amministrativo, per cui l'uno costituisce presupposto dell'altro, la portata applicativa del principio di derivazione è oggetto di esegesi ermeneutiche differenti e talvolta divergenti [6] .

3. I criteri per la individuazione del nesso di presupposizione

L'esposizione delle conseguenze applicative dell'una e dell'altra tesi impone, in via preliminare, di dare conto del dibattito sorto in ordine ai criteri per la individuazione del nesso di presupposizione.

Secondo un primo orientamento interpretativo, il medesimo si può configurare solo nei casi in cui l'atto consequenziale sia meramente esecutivo dell'atto presupposto [7] .

Altro filone ermeneutico asserisce che sia possibile applicare il principio di derivazione ai provvedimenti legati da una relazione esterna al procedimento tutte le volte in cui tra l'atto presupponente e l'atto presupposto sussista un collegamento non già meramente occasionale, bensì genetico, cioè tale da descrivere il primo atto come quello che giustifica e delimita la produzione degli effetti di quello che segue [8] .

Nelle maglie di detta esegesi esplicativa non è stato puntualizzato che la relazione di presupposizione tra provvedimenti talvolta è solo eventuale, nel senso che l'atto a valle appare come una delle possibili conseguenze dell'atto a monte [9] .

L'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa individua il nesso di presupposizione tutte le volte in cui l'atto precedente costituisca il presupposto non solo necessario ma anche unico del provvedimento consequenziale. Il Consiglio di Stato, in particolare, ha asserito che un simile rapporto vi sia quando l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente perché non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi, né del destinatario dell'atto presupposto, né di altri soggetti. E' da opinarsi diversamente, quando l'atto successivo, pur facendo parte della stessa sequenza procedimentale in cui si colloca l'atto precedente, non ne costituisca conseguenza inevitabile, poiché la sua adozione implica nuove e ulteriori valutazioni di interessi [10] .

Nel caso di specie, il giudice di ultima istanza era stato chiamato a pronunciarsi sulle conseguenze derivanti dall'annullamento dell'atto di revoca del Commissario Straordinario di un ente comunale per la viticoltura nominato precedentemente, escludendo la caducazione automatica del successivo provvedimento di nomina di un successivo commissario, che pur essendo collegato al primo, implica altri e sopravvenuti apprezzamenti, peraltro afferenti ad un diverso soggetto.

La giurisprudenza amministrativa si è espressa in termini analoghi con riferimento ai rapporti tra esclusione in base alla graduatoria risultante dal punteggio delle prove scritte ed approvazione della graduatoria finale, in quanto quest'ultima implica una valutazione di maggiore ampiezza, che tiene conto degli interessi di tutti i concorrenti, risolvendosi in un riscontro della legittimità dell'intera procedura concorsuale e producendo l'effetto costitutivo di formazione della graduatoria redatta dalla Commissione giudicatrice [11] .

Il Consiglio di Stato, in una pronuncia quasi coeva a quella appena menzionata, ha puntualizzato che l'esistenza del nesso di presupposizione è subordinata al ricorrere di due indefettibili elementi: l'appartenenza ad una medesima serie procedimentale e il rapporto di derivazione esistente tra l'atto presupposto e l'atto presupponente quale sua inevitabile ed ineluttabile conseguenza e senza necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi, con particolare riguardo al coinvolgimento di soggetti terzi [12] .

In tale sentenza viene osservato che il legame così stretto tra le due determinazioni amministrative dà luogo allo schema concettuale della caducazione, in forza del quale gli atti consequenziali ritraggono la loro legittimità e la loro efficacia in modo tanto diretto ed automatico da non richiederne l'impugnazione. I provvedimenti, in virtù del rapporto di presupposizione che li lega, sarebbero assoggettati ad una sanzione adottata contro atti ulteriori interni allo stesso procedimento, sanzione che non richiede la previa impugnazione dell'atto, strumento tipico del diritto amministrativo, ma rientra in uno schema lineare di propagazione delle nullità, più vicino alle dinamiche processual-civilistiche di cui all'art. 159 del codice di procedura civile [13] .

Il giudice di ultima istanza, quindi, giustifica l'accezione restrittiva del nesso di presupposizione necessario accolto in seno alla giurisprudenza in virtù della sua efficacia caducante, che collide con il carattere impugnatorio che governa il sistema di tutele approntato dal diritto amministrativo sul versante sostanziale e processuale, nonché con il regime di tipicità della nullità in ambito pubblico cristallizzato nell'art. 21 *septies* in seguito all'approvazione della legge n. 15 del 2005 [14] .

I passaggi argomentativi surriferiti consentono di approdare ad alcune conclusioni e aprono le porte a riflessioni di più ampio respiro.

4. Le problematiche processualistiche

Quanto agli approdi ai quali è possibile pervenire, dagli orientamenti giurisprudenziali si può dedurre che il nesso di presupposizione si può definire necessario solo se e nella misura in cui atto e provvedimento ovvero diversi provvedimenti s'inseriscano in una medesima serie procedimentale.

Il carattere necessitato del predetto nesso comporta la caducazione automatica dell'atto

conseguenziale senza che a tal fine occorra una autonoma impugnazione. Tale ultimo aspetto pone un interrogativo, cui dottrina e giurisprudenza nel tempo hanno fornito risposte diverse, afferente alla tutela spettante ai soggetti controinteressati alla conservazione degli effetti loro favorevoli scaturenti dall'atto presupponente.

La problematica dell'effettività della tutela giurisdizionale non si pone allorché il nesso di presupposizione sia solo eventuale, circostanza che si verifica tutte le volte in cui manchi il requisito dell'appartenenza ad uno stesso procedimento degli atti e dei provvedimenti.

In detta ipotesi, infatti, valgono le regole ordinarie che governano il regime di impugnazione delle determinazioni amministrative, per cui l'atto presupponente deve essere impugnato, altrimenti l'inutile decorso dei termini previsti dal c.p.a. per adire l'autorità giurisdizionale comporterà la cristallizzazione dell'assetto d'interessi determinato dallo stesso.

Il carattere solo eventuale del nesso di presupposizione non rende la tematica in commento scevra da criticità.

Gli interpreti, infatti, sono giunti a risultanze esplicative differenti in ordine al genere di patologia che affligge l'atto consequenziale. Taluni discorrono di nullità derivata, altri di eccesso di potere o di violazione di legge [15].

Occorre procedere con ordine per scandagliare compiutamente le questioni problematiche cui si è fatto cenno ed è necessario prendere le mosse dalla disamina delle esegesi ermeneutiche che hanno interessato la caducazione automatica degli atti e la sua compatibilità con il principio del contraddittorio e i canoni della pienezza e della effettività della tutela giurisdizionale.

Secondo autorevole dottrina [16], infatti, la caducazione automatica dell'atto presupponente si porrebbe in contrasto con alcuni principi fondamentali del nostro ordinamento.

Innanzitutto, esso colliderebbe con il principio di inoppugnabilità del provvedimento amministrativo, in virtù del quale la possibilità di impugnare l'atto lesivo è consentita ai privati solo entro un breve termine di decadenza, limite volto a salvaguardare proprio i provvedimenti dal rischio di essere assoggettati a caducazione per un arco temporale eccessivamente lungo.

In secondo luogo, è stato osservato che la caducazione automatica degli atti consequenziali violerebbe il principio del contraddittorio, poiché tendenzialmente le parti necessarie del giudizio proposto avverso l'atto presupposto non coincidono con i destinatari dell'atto presupponente, i quali potrebbero pertanto vedere lesa la loro sfera giuridica da una

decisione giudiziale cui sono rimasti estranei.

Un ulteriore sostegno per negare cittadinanza nel nostro ordinamento all'istituto della caducazione automatica è stato rinvenuto nella sentenza n. 77 del 1995 della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni di cui agli artt. 28 e 36 della legge n. 1034 del 1971, in quanto non consentanee ai canoni della ragionevolezza e dell'effettività della tutela giurisdizionale, nella misura in cui non permettevano di esperire il rimedio dell'opposizione di terzo ordinaria *ex art.* 404 del codice di procedura civile avverso le decisioni del Consiglio di Stato e avverso le sentenze di primo grado passate in giudicato [17].

Siffatta conclusione argomentativa muoverebbe dall'assunto per cui una volta riconosciuto il diritto d'opposizione al terzo, verrebbe meno quell'esigenza di economia processuale alla base dell'invalidità ad effetto caducante.

Infine, si pone in rilievo che mediante l'istituto dei motivi aggiunti si consente al ricorrente avverso l'atto presupposto di contestare nel medesimo giudizio l'atto presupponente. Detto istituto, dunque, appagherebbe le esigenze di tutela dei destinatari dell'atto presupponente e soddisferebbe le ragioni di economia processuale, evitando una duplice vicenda processuale afferente ai provvedimenti che restano comunque ineludibilmente legati tra loro.

Non è mancata, invero, qualche voce giurisprudenziale che si è espressa a favore di detta ricostruzione sistematica.

In particolare la V Sezione del Consiglio di Stato ebbe ad affermare che *“la necessità di impugnare il provvedimento finale dopo l'impugnazione dell'atto preparatorio non grava eccessivamente sulla posizione del ricorrente, il quale può avvalersi dei motivi aggiunti in corso di causa, proponibili ai sensi della legge n. 205 del 2000. Siffatta soluzione appare da preferire anche per ragioni di economia processuale. La tesi opposta, che esoneri il ricorrente, avverso l'atto preparatorio dall'impugnazione anche del provvedimento finale, urta, infatti, contro le ragioni di economia processuale perché comporta che il terzo beneficiario dell'atto finale, che ne subisce l'annullamento quale conseguenza di un giudizio cui non è stato posto in condizione di partecipare, dovrà avvalersi dell'opposizione di terzo; con il giudizio di opposizione di terzo, dopo la fase rescindente, si dovrà rinnovare nel merito l'originario giudizio. E' evidente, così operando, la moltiplicazione dei processi e dei conseguenti costi e tempi in relazione ad un'unica vicenda procedimentale”* [18].

L'approdo ermeneutico attualmente prevalente in dottrina e in giurisprudenza fornisce una risposta positiva al quesito circa la compatibilità tra caducazione automatica, effettività della tutela giurisdizionale e rispetto del principio del contraddittorio [19].

L'adesione ad una siffatta ricostruzione dogmatica si basa sull'avvertita esigenza di alleggerire la posizione del ricorrente ed esonerarlo dall'onere di impugnare tutti gli atti frutto dell'attività della pubblica amministrazione lesivi della sua sfera giuridica.

Inoltre, l'istituto dell'opposizione di terzo, costituzionalmente obbligato alla luce della sentenza n. 77 del 1995 della Corte Costituzionale, viene reputato, contrariamente da ciò che è stato sostenuto dall'opinione interpretativa sopra esposta, come uno strumento adeguato e idoneo a garantire il rispetto del fondamentale principio del contraddittorio, atteso che dello stesso possono avvalersi i terzi controinteressati che sono rimasti estranei ai giudizi aventi ad oggetto gli atti presupposti il cui annullamento ha recato pregiudizio ai loro interessi.

Il Consiglio di Stato, a titolo esemplificativo, ha asserito che i rapporti tra il bando di concorso e gli altri atti della procedura concorsuale sono immediati, diretti e necessari, ovvero legati da stretta consequenzialità, così che l'annullamento del bando produce un effetto caducante su tutti gli atti conseguenti e non è necessario notificare il ricorso introduttivo giacché tale notifica non soddisfa un'intrinseca necessità del procedimento relativo al ricorso principale [20] .

Occorre rilevare sul punto che gli esiti interpretativi cui è pervenuta la giurisprudenza non sono stati unanimemente accolti dalla dottrina e la stessa autorità giurisdizionale ha avuto cura di puntualizzare e attenuare i corollari delle proprie risultanze esplicative.

In primo luogo, secondo autorevole opinione dottrinale *“la sentenza della Corte costituzionale per quanto possa apparire paradossale, riconoscendo lo strumento dell'opposizione di terzo, cioè «un rimedio "successivo" di reazione contro le sentenze rese a seguito di un giudizio a cui non si sia potuto partecipare», ha come effetto «quello di mettere al centro dell'attenzione la necessità, costituzionale e logica, di disporre di efficaci meccanismi "preventivi" di partecipazione, che rendano in ultima analisi normalmente superfluo quello stesso rimedio”* [21] .

In secondo, è stata posta in rilievo la diversa modulazione del principio di derivazione, in forza del quale, come già accennato, sul provvedimento finale si riverberano tutti i vizi verificatisi nel corso del procedimento o comunque le patologie dell'atto presupposto si ripercuotono sull'atto presupponente.

5. La relazione tra atto procedimentale e provvedimento finale

Quanto al rapporto tra atto procedimentale e provvedimento finale, infatti, è stato osservato che gli atti preparatori del procedimento amministrativo sono privi di autonomia funzionale, in quanto non sono in grado di determinare una lesione attuale di un interesse sostanziale, in considerazione del loro ruolo servente rispetto all'atto costitutivo; chi subisce una lesione

della propria sfera giuridica per la mancata emanazione degli atti preparatori o in virtù di vizi ad essi inerenti, potrà impugnare esclusivamente il provvedimento finale, in virtù del fatto che è solo al momento della sua adozione che si vanterà una posizione giuridica soggettiva sufficientemente differenziata ed attuale. Allorché l'atto endoprocedimentale rappresenti un antecedente necessario e strumentale rispetto al provvedimento finale, presentando con esso un vincolo di necessaria e consequenziale connessione, la determinazione frutto dell'attività proceduralizzata della pubblica amministrazione è viziata da eccesso di potere o da violazione di legge [22] .

La regola *de qua*, in ossequio all'orientamento interpretativo prevalente in giurisprudenza, soffre di una tendenziale attenuazione allorché l'atto endoprocedimentale sia in grado di incidere in modo immediato nella sfera giuridica del destinatario, in ragione del suo carattere vincolante e alla luce della sua capacità di determinare inderogabilmente il contenuto del provvedimento conclusivo del procedimento [23] .

I pareri di natura vincolante, ad esempio, assumono valenza decisoria e la pubblica amministrazione non può discostarsene, salvo adeguata motivazione o dimostrazione che il parere sia stato reso sulla base di atti o fatti palesemente erronei o travisati [24] .

Circa le conseguenze di un atto presupposto sulla validità ed efficacia di un atto presupponente il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire che qualora il secondo non possa essere ritenuto conseguenza immediata, diretta e necessaria dell'emanazione del primo e sia presente una qualche ulteriore discrezionalità nell'adozione dell'atto consequenziale sono riportate alla categoria dell'invalidità viziante. Ne deriva che l'omessa impugnazione del provvedimento posto a valle della serie rende improcedibile il ricorso proposto avverso il provvedimento posto a monte della serie, non potendo l'originario ricorso intervenire su provvedimenti oramai consolidati e che rendono impossibile la soddisfazione dell'interesse del ricorrente [25] . Nel caso di specie appena menzionato la giurisprudenza amministrativa ha affrontato la tematica dei rapporti tra valutazione d'impatto ambientale ed il provvedimento di voltura, la cui funzione è quella di verificare la sussistenza di taluni requisiti soggettivi nel nuovo gestore per la gestione di un impianto ad impatto ambientale; in questa prospettiva di accertamento della presenza dei requisiti per il subentro, che non appare per nulla necessitata, ben potendo verificarsi l'ipotesi del diniego di voltura, giustificata dalla mancanza, nel subentrante, dei requisiti soggettivi per l'esercizio dell'attività, appare evidente come l'emanazione dell'atto costituisca evidente espressione di una discrezionalità dell'amministrazione che non può non riportare l'intera fattispecie alla categoria dell'invalidità viziante e non caducante.

Il panorama normativo di cui è dato conto consente di porre in luce l'insieme di regole che governa la materia del nesso di presupposizione, dell'invalidità derivata, delle prerogative e degli oneri processuali.

Primieramente, mette conto evidenziare che di per sé gli atti endoprocedimentali sono privi di quella carica lesiva immediata ed attuale che costituisce condizione sufficiente e necessaria per adire l'autorità giurisdizionale, per cui essi tendenzialmente debbono essere impugnati unitamente al provvedimento emanato all'esito del procedimento amministrativo.

In secondo luogo, allorché ricorra un nesso di presupposizione tra un atto privo di rilevanza esterna e determinazione finale mediante la quale l'autorità competente manifesta la propria volontà a terzi soggetti, si possono configurare due differenti fattispecie.

Allorquando l'atto presupposto rappresenti l'unico e necessario antecedente dell'atto presupponente, quest'ultimo perde immediatamente efficacia e validità nel momento in cui venga acclarata l'illegittimità del primo, venendo meno *ab imis* l'esigenza di impugnare autonomamente e distintamente le due determinazioni.

Al di fuori da tali ipotesi, vige il regime ordinario previsto per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi, da ritenersi indubbiamente applicabile, qualora l'emanazione dell'atto consequenziale implichi l'esercizio di una discrezionalità più o meno ampia da parte dell'autorità competente. Pertanto, ed è bene chiarirlo, anche per gli atti endoprocedimentali il rapporto tra invalidità ad effetto viziante ed invalidità ad effetto caducante è quello di regola ed eccezione.

Le posizioni della giurisprudenza sembrano condivisibili, a parere di chi scrive, nella misura in cui si tiene conto della attuale definizione di atto amministrativo, della possibilità di anticipare nel tempo gli effetti di una determinazione amministrativa e della differente rilevanza della normativa sopravvenuta.

La dottrina ad oggi prevalente in ordine alla definizione di atto amministrativo aderisce alla cd. teoria procedimentale funzionale, sulla cui scorta, peraltro, si opera il distinguo tra atto e provvedimento amministrativo. Quest'ultimo è definito come l'esito deliberativo e definitivo di una sequenza di atti coordinati e correlati tra loro. In altri termini, il provvedimento amministrativo costituisce una manifestazione della propria volontà ai terzi da parte degli organi pubblici, preceduta e predisposta mediante una serie di deliberazioni interne e ad essa prodromiche [26] .

Approdo ermeneutico che troverebbe conforto nella proceduralizzazione dell'attività amministrativa realizzata con l'approvazione della legge n. 241 del 1990. Siffatta conclusione è gravida di conseguenze sul piano applicativo.

L'esegesi ermeneutica dominante in dottrina e in giurisprudenza, infatti, riconosce agli atti amministrativi natura preparatoria, da cui deriva l'inattitudine a ledere la sfera giuridica dei destinatari e l'esclusione della loro immediata impugnabilità, salvo che non determinino un

arresto procedimentale, come nel caso di parere obbligatorio reso nel corso del procedimento da un'autorità diversa da quella procedente, preposta alla cura di un interesse sensibile.

Il provvedimento amministrativo, invece, manifesta all'esterno la valutazione definitiva dell'ente pubblico circa il bilanciamento di interessi affidati alla sua cura, ed è foriero di immediati riverberi positivi o negativi, contestabili in sede processuale dai relativi interessati. Per quanto qui ci occupa, poi, dottrina e giurisprudenza pervengono a risultanze esplicative dissimili quanto ad una potenziale retroattività dell'atto e del provvedimento amministrativo.

In proposito, giova evidenziare che gli atti amministrativi possono consistere in un accertamento tecnico, cioè nell'operazione volta ad acclarare i presupposti tecnico-scientifici di una operazione dal risultato certo e inopinabile, in una mera dichiarazione di scienza, con la quale la P.A. dichiara l'esistenza di una situazione di fatto o di diritto di cui ha preso atto, in una dichiarazione di giudizio, attraverso cui si esprime una propria valutazione, o in un controllo, preventivo o successivo, il cui esito positivo o negativo determina la perdita di efficacia o la produzione di effetti *ex tunc* [27] .

Si pensi, a titolo esemplificativo, agli accertamenti in materia ambientale effettuati per rilevare l'inquinamento di un terreno, alle verbalizzazioni, alle attestazioni, ai pareri, nonché ai controlli di cui al decreto legislativo n. 286 del 1999.

Le diverse attività che connotano intrinsecamente un atto amministrativo s'inseriscono nelle differenti sequenze del procedimento amministrativo. Quest'ultimo, difatti, consta di quattro fasi: dell'iniziativa, dell'istruttoria, dell'efficacia e integrativa dell'efficacia [28] .

Sul punto, l'art. 2 della legge 241 del 1990 stabilisce l'onere della conclusione del procedimento avviato in seguito ad un'istanza di parte o da avviarsi d'ufficio, mediante provvedimento espresso; i successivi artt. 4 e 5 impongono l'individuazione dell'unità organizzativa responsabile del procedimento e del responsabile del procedimento, tenuto alla cura dell'istruttoria, da espletarsi mediante le molteplici attività di cui all'art. 6.

All'esito dell'attività istruttoria segue la decisione della pubblica amministrazione che, se consiste in un provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati o in un diniego delle loro pretese, deve essere previamente comunicato *ex art.* 10 *bis* l. 241 del 1990, per consentire loro di esporre le proprie ragioni e interloquire rispetto ai motivi che ostano all'accoglimento delle relative istanze. Qualora la delibazione di segno negativo dovesse essere confermata, per produrre effetti deve essere comunicata, anche nelle forme di una notificazione effettuata secondo le regole del codice di procedura civile, a ciascun destinatario. Infine, l'efficacia degli atti amministrativi può essere subordinata al controllo

di un organo interno o esterno all'ente che li emana.

6. Il principio del *tempus regit actum*

Ciò posto, occorre rammentare che la suddivisione del procedimento amministrativo in fasi autonome e distinte presenta una notevole rilevanza applicativa poiché, secondo concorde opinione dottrinale e giurisprudenziale, il regime degli atti amministrativi e dello stesso procedimento amministrativo è governato dal principio del *tempus regit actum*.

Trovano applicazione e spiegano efficacia, dunque, le regole sussistenti nel momento in cui si conclude una determinata fase del procedimento con l'emanazione dei consequenziali atti.

La giurisprudenza, tuttavia, ha attenuato fortemente la portata del principio in esame, puntualizzando che lo stato di fatto e di diritto da prendere in considerazione per la esatta individuazione della disciplina dell'atto amministrativo non è quello esistente al momento della presentazione dell'istanza del privato, dovendosi fare riferimento piuttosto al quadro normativo sussistente allorché la pubblica amministrazione debba decidere sulla fattispecie sottoposta alla sua attenzione. Ne consegue che lo *ius superveniens* è irrilevante solo ove si tratti di ottemperare agli adempimenti previsti dalla legge affinché una deliberazione espliciti i suoi effetti [29].

Il mutamento del panorama legislativo e giurisprudenziale potrebbe essere determinato da molteplici vicende, che possono consistere in una legge divenuta inefficace perché dichiarata incostituzionale, di un decreto legge ormai privo di vigore in quanto non convertito in legge o nell'esigenza di disapplicare una fonte di rango primario o secondario contraria al diritto comunitario. Disposizioni espunte dall'ordinamento che in molti casi costituiscono la base legale dell'atto amministrativo.

In proposito, il terzo comma dell'art. 77 della Costituzione statuisce che i decreti legge perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge, entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti. L'art. 136, dal suo canto, prevede che quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione [30].

In ragione di quanto esposto, per la p.a. non solo risulta possibile ma appare se non doveroso quantomeno opportuno tenere conto delle sopravvenienze normative intervenute prima della conclusione del procedimento, perché l'espunzione della norma in via retroattiva potrebbe aver determinato l'assenza di una base legale attributiva del potere che la medesima p.a. si apprestava ad esercitare o implicare una differente conformazione delle modalità mediante le quali provvedere alla cura dell'interesse pubblico affidatole.

Diversamente, alla luce della giurisprudenza amministrativa prevalente, pur non essendo autonomamente impugnabili gli atti amministrativi in virtù della loro natura preparatoria e della consequenziale inattitudine lesiva, i vizi degli stessi si riverbereranno sul provvedimento finale, annullabile. Verrebbe in rilievo, in altri termini, la tematica di cui ci sta occupando, ovvero l'invalidità derivata.

La doverosità di una differente regolamentazione della vicenda procedimentale con un atto amministrativo che imponga ulteriori o diverse attività amministrative inerenti fasi del procedimento già conclusesi potrebbe scaturire dall'intervento del legislatore, libero di esercitare la propria discrezionalità per regolare i rapporti privi di disciplina in seguito alla mancata conversione in legge del decreto legge o della declaratoria di incostituzionalità [31].

Quanto alla violazione del diritto comunitario, autorevole dottrina ha posto in evidenza la necessità di tenere conto del fatto che un medesimo atto in un sistema di fonti multilivello è assoggettato ad una molteplicità di valutazioni che, eventualmente, possono anche divergere tra loro. L'atto amministrativo, dunque, potrebbe rinvenire il proprio fondamento in una legge costituzionalmente legittima ma, al contempo, ritenuta non consentanea ai canoni del diritto comunitario.

La Corte di Giustizia in relazione al provvedimento amministrativo annoverabile in simile fattispecie ha asserito che la pubblica amministrazione ha l'obbligo di tornare sulla propria decisione se la disciplina interna le assegna tale potere e sussistono le condizioni per esercitarlo. Se ciò vale per una determinazione definitiva della pubblica amministrazione, la dottrina ritiene non si possa pervenire a conclusioni di segno opposto in ordine all'atto amministrativo e cioè prima della conclusione del procedimento, pena l'annullabilità del provvedimento finale, per le medesime ragioni esposte con riferimento all'atto amministrativo emanato sulla base di una legge dichiarata costituzionalmente illegittima o di un decreto legge non convertito in legge e considerata la particolare interpretazione del principio *tempus regit actum* fornita dalla giurisprudenza amministrativa prevalente in materia [32].

Dalla ricostruzione sistematica sopra esposta si evince che a venire in rilievo circa l'atto amministrativo non conforme ad una norma comunitaria, basato su decreto legge non convertito in legge o fondato su una fonte di rango primario oggetto di una declaratoria di illegittimità costituzionale è tendenzialmente la patologia dell'annullabilità.

Rispetto all'atto fondato su legge dichiarata incostituzionale, pur nella diversità delle tesi prospettate in dottrina, si è posta in evidenza la distinzione concettuale ed empirica dell'esercizio del potere esecutivo rispetto all'emanazione di una norma. Detta autonomia escluderebbe l'operatività della caducazione dell'atto amministrativo [33].

L'orientamento dominante in seno alla giurisprudenza amministrativa asserisce che l'atto amministrativo adottato sulla base di una legge dichiarata incostituzionale debba reputarsi sempre annullabile e giammai nullo, nemmeno se si è al cospetto di una legge attributiva del potere. Si evita di applicare un regime estremamente rigoroso, dunque, pur allorquando sussisterebbero i presupposti applicativi della nullità. E' da puntualizzarsi, sul versante processuale che l'annullabilità dell'atto è rilevabile d'ufficio dal giudice, purché la parte abbia introdotto nel processo, mediante la tempestiva proposizione dell'azione, i fatti principali su cui il giudice deve pronunciarsi [34].

Anche per l'atto amministrativo fondato su decreto legge non convertito è esclusa, sulla scorta delle considerazioni espletate con riferimento all'autonomia tra azione degli organi esecutivi ed esercizio della potestà legislativa, una caducazione automatica della determinazione della pubblica amministrazione [35]. Inoltre, per le medesime ragioni che si sono espresse con riferimento all'atto basato su legge poi dichiarata incostituzionale, si ritiene che la deliberazione interna dell'organo pubblico sia sempre annullabile, perché al momento della sua adozione esisteva una fonte normativa che autorizzava l'esercizio del potere agli organi pubblici. L'unica peculiarità, quanto al giudizio amministrativo, consiste nella circostanza per cui l'invalidità non è rilevabile d'ufficio ma deve essere fatta valere da chi vi abbia interesse mediante la proposizione di un'azione di impugnazione con cui si deduce, quale motivo di gravame, la mancata conversione del decreto legge [36].

Infine, in ordine all'atto non consentaneo ai canoni del diritto comunitario la giurisprudenza amministrativa ha rilevato che i motivi di nullità del provvedimento emanato dalla p.a. previsti dall'art. 21 *septies* sono tassativi e tra essi non è ricompreso il contrasto con il diritto europeo [37].

Discorrendo diversamente, si verificherebbe una discriminazione alla rovescia, poiché il regime d'invalidità degli atti interni sarebbe connotato da una minore intensità di tutela. Pertanto, se la nullità del provvedimento amministrativo, causa la sua difformità al diritto europeo, solo in via eccezionale e cioè allorché la p.a. abbia agito in via autoritativa facendo applicazione di una legge non consentanea ai canoni comunitari, i quali precludono l'esercizio del potere in relazione alla fattispecie concreta. Così è stato deciso, ad esempio, con riferimento ad un finanziamento concesso da un organo pubblico qualificabile come aiuto di Stato ai sensi degli artt. 101 e ss. del TFUE [38].

7. I nodi esegetici del nesso di presupposizione e i relativi effetti

Il panorama normativo e giurisprudenziale summenzionato e analizzato meticolosamente pone in luce le ragioni dell'eccezionalità dell'efficacia meramente viziante da cui è affetto l'atto presupponente in virtù della patologia che affligge l'atto presupposto, che consente un corretto inquadramento della tematica che ci occupa.

L'argomentazione principale sulla quale si regge l'assunto appena riferito consiste nella asserita annullabilità dell'atto presupposto. Non ha ragion d'essere, infatti, la preoccupazione di una parte della dottrina secondo la quale escludendo la caducazione automatica dell'atto consequenziale si perverrebbe all'inammissibile esito di convertire un'ipotesi di nullità della determinazione endoprocedimentale nell'annullabilità del provvedimento conclusivo del procedimento amministrativo.

In realtà, come visto, la giurisprudenza, unitamente alla dottrina maggioritaria, al fine di garantire la certezza dei rapporti giuridici e attese le coordinate ermeneutiche riguardanti i rapporti tra atto amministrativo e sopravvenienze normative, reputano sempre affetto da annullabilità l'atto a rilevanza interna, per cui, in difetto della più gravosa patologia della nullità è da escludersi sia la nullità del provvedimento finale ma anche e soprattutto la sussistenza di una invalidità ad efficacia caducante. L'atto presupposto, sebbene invalido risulta efficace e regge l'azione amministrativa, salvo la legittima censura che ad esso potrebbe opporre colui che viene leso dall'operato della pubblica amministrazione.

L'eccezionalità dell'invalidità ad efficacia caducante si attaglia anche all'attuale conformazione del principio di legalità, azione della pubblica amministrazione e portata del giudicato. Il Consiglio di Stato, pronunciandosi sui rapporti tra regolamento e atto attuativo del medesimo, ha asserito che venendo in rilievo un atto generale e astratto, esso non può considerarsi l'unico presupposto dell'atto amministrativo attuativo, con la conseguente mancanza di un rapporto di stretta derivazione tra atti idonea a determinare l'effetto caducante senza necessità di un'autonoma impugnazione.

L'adesione alla tesi della necessità di una doppia impugnazione sotto il profilo del versante processuale è rappresentata dall'estensione dell'efficacia della sentenza di annullamento al di là del caso concreto sottoposto all'attenzione dell'autorità giudiziaria. Autorevole dottrina ha avuto modo di osservare che la sentenza del giudice amministrativo determina solo la caducazione delle situazioni giuridiche soggettive che presuppongono l'efficacia del provvedimento venuto meno [39].

I terzi, dunque, seppure in via indiretta subiscono i riverberi della delibazione giudiziale, non perdono la loro qualità di soggetti estranei al processo e sono legittimati pertanto a proporre opposizione. La giurisprudenza sul punto ritiene ammissibile l'efficacia erga omnes della sentenza del giudice amministrativo tenendo conto, però, dei limiti oggettivi in cui il giudicato si è formato, deducibile dal dispositivo, dalla motivazione e dall'oggetto del giudizio.

L'individuazione dei limiti della ampiezza del giudicato è direttamente correlata al contenuto inscindibile dei regolamenti e alla loro portata generale e astratta, per cui la pronuncia dell'autorità giurisdizionale non può che spiegare efficacia *erga omnes*. La suddetta regola, però, rappresenta un'eccezione alla regola, come dimostra l'orientamento

consolidato del Consiglio di Stato in ordine all'ampiezza degli effetti delle sentenze rese in ordine ad un atto plurimo, il cui contenuto scindibile quanto ai suoi destinatari giustifica l'applicazione della disciplina di carattere generale di cui all'art. 2909 del codice civile.

L'invalidità ad efficacia caducante, dunque, è soggetta ad un'interpretazione restrittiva perché difficilmente un atto, che s'inserisce in un'attività istruttoria ampia e complessa, costituisce il presupposto unico del provvedimento finale, la cui maggiore ampiezza e il diverso raggio d'azione rappresentano la ragione della particolare modulazione degli effetti del sindacato del giudice amministrativo.

Inoltre non appare infondato il timore di un *vulnus* arrecabile all'effettività della tutela giurisdizionale dei destinatari dell'atto presupponente per cui è da ritenersi ragionevole configurare l'esclusione della doppia impugnazione, la caducazione automatica del provvedimento finale e l'estensione del giudicato a terzi estranei alla vicenda processuale come un'eccezione alla regola.

La conclusione *de qua* a maggior ragione ben si attaglia ai provvedimenti della pubblica amministrazione legati da una relazione esterna al procedimento. L'applicabilità del principio di derivazione in materia, invero, è oggetto di opinioni divergenti in dottrina e in giurisprudenza.

La problematica in commento si presenta particolarmente delicata allorché le determinazioni della pubblica amministrazione siano avvinte da un nesso di presupposizione di carattere necessario. A titolo esemplificativo, è possibile rammentare la relazione sussistente tra la dichiarazione di pubblica utilità e il provvedimento di esproprio, oppure tra il piano regolatore e la concessione edilizia o il diniego della concessione edilizia. Il quesito che occupa gli interpreti riguarda, in particolare, le conseguenze della nullità dell'atto presupposto sull'atto presupponente [40] .

Parte della dottrina si è mostrata perplessa e critica rispetto all'operatività dell'istituto della invalidità derivata, *sub specie* di nullità, agli atti legati da relazione esterna, poiché se il provvedimento amministrativo a monte è nullo, cioè improduttivo di effetti *ab origine*, è di palmare evidenza che l'amministrazione ha omesso la verifica circa l'improduttività di effetti dell'atto presupposto e ha emanato l'atto consequenziale senza vagliare la sussistenza dei suoi presupposti applicativi [41] .

L'osservazione in commento è di notevole rilevanza in quanto discorrere in siffatto modo equivale ad affermare che la pubblica amministrazione ha agito in modo scorretto e pertanto il provvedimento consequenziale emanato dalla medesima è affetto da un vizio proprio, non derivato dall'invalidità dell'atto a monte. L'amministrazione sarebbe tenuta, come l'autorità giurisdizionale, a verificare se l'atto presupposto sia nullo o annullabile. Ne consegue che la stessa non subisce semplicemente le conseguenze di un errore altrui bensì

con la sua omissioni viola le regole relative al corretto espletamento dell'azione amministrativa.

Altro filone ermeneutico, viceversa, ritiene ammissibile la caducazione automatica di un provvedimento consequenziale legato da una relazione esterna al procedimento con il provvedimento presupposto, ma non ritiene configurabile in detta ipotesi l'istituto della nullità.

Si osserva, con particolare riferimento all'ipotesi paradigmatica dell'espropriazione, che l'atto caducato non è di per sé invalido, poiché il medesimo viene meno non per vizi propri, ma per patologie imputabili agli atti presupposti. La caducazione, secondo l'esegesi oggetto di analisi, costituirebbe, a ben vedere, un istituto di diritto processuale e procedimentale, costituendo il riflesso demolitorio dell'invalidazione, il quale non colpisce solamente l'atto presupposto, ma anche i provvedimenti legati al primo da un nesso di dipendenza funzionale. La caducazione, in altre parole, è il frutto cassatorio portato alle sue estreme conseguenze [42].

E' da puntualizzarsi, inoltre, che qualora l'espropriazione sopraggiunga in un momento successivo all'accertamento giurisdizionale della nullità della dichiarazione di pubblica utilità, il decreto di esproprio sarebbe affetto da una nullità che non ha carattere derivato. Esso, piuttosto, sarebbe da considerarsi nullo, in quanto collidente con la norma di ordine pubblico che prescrive l'esistenza di una dichiarazione di pubblico interesse valida, quale suo presupposto necessario, e ciò avviene non solo quando detta dichiarazione è nulla ma anche quando è del tutto mancante o è divenuta efficace per scadenza del termine [43].

Simili conclusioni interpretative sono state proposte anche in ordine al caso di un concorso senza assunzione. Si rileva, infatti, che se l'atto consequenziale può reputarsi caducato a seguito della declaratoria di nullità dell'assunzione, nell'ipotesi di atto consequenziale intervenuto dopo l'accertamento giudiziale della nullità di quello presupposto occorre discorrere di inutilità o inutilizzabilità. Un atto logicamente e formalmente legato a quello nullo, come può essere la delibera di variazione di una pianta organica, non è praticamente utilizzabile, per mancanza dei soggetti cui attribuire i posti assegnati [44].

L'orientamento dominante in giurisprudenza sembra attestarsi su posizioni divergenti. La tematica che presenta maggiore complessità è quella della sorte degli atti adottati dal funzionario di fatto privo di investitura. Sul punto si rende necessario operare delle discriminazioni.

In primo luogo, possono essere accomunate le ipotesi dell'usurpatore, cioè di colui che si arroghi funzioni pubbliche che non gli competono, e i casi investitura inesistente o nulla. Le determinazioni assunte dal funzionario dovrebbero considerarsi nulle in quanto emanate da un organo che non è qualificabile come pubblica amministrazione. A ben vedere, allorché

venga in rilievo la carenza di legittimazione per vizio originario o sopravvenuto del titolo, gli atti emanati dal funzionario di fatto sono viziati da carenza di potere in concreto, sub specie di incompetenza, non dubitandosi della norma attributiva della pubblica amministrazione, ma solo del suo uso illegittimo, con conseguenziale attrazione della questione alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo [45] .

La giurisprudenza, peraltro, ha operato un distinguo circa la possibilità di censurare l'atto adottato dal funzionario di fatto qualora sia scaduto il termine per impugnare la nomina illegittima. Qualora l'investitura abbia avuto luogo per il compimento di atti specifici la sua illegittimità si trasmette automaticamente agli atti dell'ufficio, poiché sussiste una relazione univoca tra investitura del funzionario ed emanazione dell'atto. Il privato viceversa, rispetto agli atti adottabili da un organo a competenze generali, può impugnare il provvedimento lesivo unitamente all'atto di nomina o di investitura solo se e nella misura in cui sussista uno specifico nesso procedimentale [46] .

Il Consiglio di Stato, inoltre, ha affrontato la tematica dell'invalidità ad effetto viziante o caducante con riferimento ai rapporti tra autorizzazione unica ambientale e valutazione d'impatto ambientale. E' stato osservato, in particolare, che l'art. 12, comma IV, del decreto legislativo n. 387 del 2003 fa della valutazione di impatto ambientale solo un contributo, per quanto importante, nell'ambito della più ampia prospettiva valutativa del "procedimento unico" destinato a sfociare nel conferente titolo autorizzatorio. Poiché, quindi, la pronuncia sulla compatibilità ambientale non esaurisce le valutazioni cui la Regione è chiamata ai fini del rilascio dell'autorizzazione unica, si conferma l'insussistenza dei presupposti di un ipotetico effetto caducante a carico del titolo autorizzatorio non impugnato [47] . La valutazione di impatto ambientale, peraltro, non è idonea ad esprimere un giudizio definitivo sul relativo progetto, la cui concreta realizzabilità scaturisce solo dal rilascio della successiva autorizzazione finale. E' questa, quindi, a costituire l'atto lesivo di qualsiasi posizione di interesse contraria all'intervento. Ne consegue che la mancata impugnazione dell'autorizzazione finale preclude ogni contestazione sulla realizzabilità dell'intervento, anche sotto il profilo dell'impatto ambientale [48] .

Ancora, la pronuncia n. 3272 del 2013 del Consiglio di Stato afferente al governo del territorio ha chiarito che la relazione che intercorre tra regolamento urbanistico e piano attuativo non è di natura diversa da quella che passa tra piano attuativo e permesso di costruire. In entrambi i casi, gli atti presupponenti (piano attuativo e permesso di costruire) hanno alle loro spalle un atto presupposto (regolamento urbanistico e piano attuativo), che limitano -ma non certo eliminano- il potere di apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione. L'effetto che in entrambi i casi si produce tra le coppie di atti, in caso di invalidità dell'atto presupposto, è dunque l'invalidità derivata, destinata a essere fatta valere nelle forme, nei modi e nei termini previsti dall'ordinamento, e dunque, necessariamente, anche mediante la tempestiva impugnazione dell'atto presupposto, nel

rispetto del termine di decadenza. D'altronde, se il Comune, nell'approvare il piano attuativo, non fosse chiamato a compiere una valutazione di interessi nuova e diversa (seppure circoscritta, nel senso di cui prima si è detto), l'approvazione del piano medesimo degraderebbe al ruolo di atto meramente esecutivo se non addirittura dovuto: conseguenza questa palesemente incongrua e contrastante con la realtà effettuale, e comunque incompatibile con la complessa procedura prescritta per l'approvazione del piano medesimo [49] .

Dalle coordinate ermeneutiche illustrate con riferimenti a settori molto differenti tra loro, quali le procedure concorsuali, i rapporti tra valutazione d'impatto ambientale e autorizzazione unica ambientale, illegittimità o assenza dell'investitura o della nomina e sorte degli atti adottati dal funzionario di fatto, nessi tra regolamento urbanistico e piano attuativo, tra quest'ultimo e permesso a costruire, s'evince un insieme di regole che può essere così efficacemente sunteggiato.

8. La recente sentenza del Consiglio di Stato Sez.III, sentenza n. 6922 del 10 novembre 2020

L'ulteriore discrezionalità di cui gode l'amministrazione nell'emanazione dei provvedimenti consequenziali ne segna la loro autonomia. Il principale corollario di detta caratteristica consiste nella circostanza per cui i vizi degli atti presupposti si riverberano sugli atti consequenziali, ma il ricorso proposto dal ricorrente deve rivolgersi tanti agli uni quanto agli altri. Detta regola, però, subisce delle eccezioni.

In primo luogo, non possono essere impugnati con gli atti successivi gli atti presupposti che l'interessato avrebbe avuto l'onore di impugnare autonomamente in virtù della loro immediata attitudine lesiva. L'omessa impugnazione dell'atto presupponente determina, infatti, la definitiva acquiescenza all'atto anteriore. Inoltre, allorquando il destinatario dell'atto a monte aveva l'onere di impugnarlo e non lo ha fatto nel termine decadenziale previsto, non potrà censurare l'atto successivo per vizi derivati.

In termini esattamente speculari, l'interessato dall'atto presupposto non è tenuto ad impugnare l'atto consequenziale se questo costituisce l'antecedente unico e necessario dell'atto presupposto. Si pensi, a titolo esemplificativo, agli atti del funzionario di fatto afferenti ad un ufficio a competenze specifiche che sono immediatamente collegati all'atto di investitura o di nomina.

Le regole costituzionali e ordinarie che governano il diritto amministrativo, sul versante sostanziale e processuale, come già accennato, inducono a ricostruire l'invalidità ad efficacia caducante come l'eccezione e l'invalidità viziante quale regola anche in ordine ai

provvedimenti legati da una relazione esterna al procedimento.

I principi in commento sono stati confermati dalla recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6922 del 2020, con la quale è stato ribadito che *“la nozione di atto presupposto è fondata, in relazione ad atti di un unico procedimento o anche ad atti autonomi, sull'esistenza di un collegamento fra gli atti stessi, così stretto nel contenuto e negli effetti, da far ritenere che l'atto successivo sia emanazione diretta e necessaria di quello precedente, così che il primo è in concreto tanto condizionato dal secondo nella statuizione e nelle conseguenze da non potersene discostare.*

Sotto l'aspetto strutturale, gli atti sono in una relazione di successione giuridica e cronologica, o di necessario concatenamento; l'atto presupposto non soltanto precede e prepara quello presupponente, ma ne è il sostegno esclusivo. Gli effetti del provvedimento pregiudiziale sono i fatti costitutivi del secondo, o meglio del relativo potere; vi è una consequenzialità necessaria tra i due provvedimenti, tale che l'esistenza e la validità di quello presupposto sono condizioni indispensabili affinché l'altro possa legittimamente esistere e produrre la propria efficacia giuridica.

Sotto l'aspetto funzionale, poi, i più atti risultano preordinati alla realizzazione di un unico rapporto amministrativo, riguardano, cioè, un unico bene della vita; ciascun atto spiega da solo taluni effetti giuridici, ma soltanto congiuntamente all'altro dà vita al rapporto giuridico, che rappresenta l'oggetto dell'interesse pubblico considerato dai più poteri funzionalmente collegati.

Da quanto detto emerge che, sul piano della disciplina, l'illegittimità ed il conseguente annullamento dell'atto presupposto determinano l'illegittimità di quello conseguente, venendo meno la situazione giuridica che costituisce la condizione unica e necessaria per la sua legittima esistenza (cd. invalidità derivata): l'annullamento del provvedimento presupposto si ripercuote su quello presupponente, che è travolto e caducato.

Ed invero, l'atto presupposto è fondamento esclusivo di quello applicativo, nel senso che l'esistenza e la validità del primo sono condizioni necessarie affinché il secondo possa legittimamente venire ad esistenza; non è possibile che l'atto presupposto non esista o, qualora emanato, sia successivamente eliminato (dal giudice o dalla P.A. in via di autotutela) e che rimanga legittimamente in vita quello dipendente.

Infatti, essendo gli atti concatenati, le sorti dell'atto presupposto si ripercuotono inevitabilmente su quelle dell'atto presupponente: gli effetti sostanziali prodotti da quest'ultimo postulano l'avvenuta realizzazione di quelli prodotti dall'atto presupposto, di tal ch , se questi, a seguito dell'annullamento dell'atto presupposto, sono stati rimossi con efficacia retroattiva, il rapporto amministrativo originato dall'atto dipendente non pu  sussistere”.

Le asserzioni della giurisprudenza amministrativa sintetizzano efficacemente gli itinerari interpretativi e gli approdi ermeneutici cui si è pervenuti in un arco temporale anche piuttosto lungo.

In primo luogo, la pronuncia de qua conferma che è possibile discorrere di nesso di presupposizione dal carattere necessario solo se e nella misura in cui l'atto consequenziale e l'atto a monte siano avvinti da una medesima serie procedimentale. Il procedimento amministrativo, infatti, sorge per iniziativa d'ufficio o su istanza di parte, ma la sua conclusione è volta a fornire una risposta esplicita, di segno positivo o negativo, all'anelito dell'istante a conseguire un determinato bene della vita.

Una ulteriore e differente istruttoria procedimentale non può che giustificarsi per ottenere la realizzazione di un'altra situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il privato o alla cura della quale è preposta la pubblica amministrazione.

Anche dal principio di diritto espresso dal Consiglio di Stato, poi, si evince che l'invalidità ad efficacia caducante rappresenta l'eccezione alla regola.

Detta conclusione argomentativa si ricava dall'affermazione in ossequio alla quale l'atto presupponente non solo precede e prepara quello presupponente, ma ne costituisce l'esclusivo sostegno. Occorre rammentare, dunque, che due atti o il provvedimento conclusivo del procedimento e l'atto a monte, difficilmente sono avvinte da un simile legame.

Tendenzialmente, infatti, l'azione della pubblica amministrazione, a seconda degli interessi coinvolti e del momento procedimentale in cui interviene la sua determinazione, gode di una differente e più o meno ampia discrezionalità ed incide sulla sfera di terzi soggetti che non sempre coincidono.

Un siffatto esito interpretativo sembra essere confermato dalle esigenze che hanno indotto la giurisprudenza a delineare la fisionomia dell'atto implicito. Quest'ultimo si può definire sussistente allorché esista una manifestazione espressa di volontà, come un comportamento concludente o altro atto amministrativo proveniente dalla p.a. da cui desumere il medesimo atto implicito; tali atti o comportamenti, poi, devono provenire da un organo competente che opera nell'esercizio delle sue attribuzioni; l'atto implicito, inoltre deve rientrare nella sfera di competenza dell'autorità amministrativa emanante l'atto presupponente.

Ancora, quello implicito non deve essere un atto per il quale si richiede il rispetto di una forma solenne e devono essere rispettate le regole procedurali prescritte per l'emanazione di un provvedimento in forma esplicita. Infine, dal comportamento deve desumersi in modo non equivoco la volontà provvedimentale, ovvero, deve esistere un

collegamento esclusivo e bilaterale tra atto implicito e atto presupponente, nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile di quello espresso [50] .

La dottrina è concorde nel ritenere che una delle ragioni cui è dovuta l'elaborazione pretoria dell'istituto dell'atto implicito sia quella di ravvisare la sussistenza di un provvedimento amministrativo sebbene lo stesso sul piano prettamente formale non possa dirsi esistente

Detta operazione ermeneutica permetterebbe al soggetto leso dall'azione della pubblica amministrazione l'individuazione di una deliberazione dell'organo pubblico da censurare dinanzi all'autorità giurisdizionale [51] .

Il principale scopo perseguito dagli interpreti consisterebbe nella necessità di garantire l'effettività del diritto di difesa e di allargare le maglie della tutela giurisdizionale.

Il collegamento esclusivo e bilaterale tra atto implicito e atto presupponente non è volto a precludere la tutela di soggetti terzi controinteressati bensì a garantirla, contrariamente a quanto accade nelle ipotesi di invalidità ad efficacia caducante.

Una simile ragione giustificativa, per di più, è l'unica che può validamente sorreggere un istituto che si pone in evidente tensione con il principio di legalità e soprattutto con l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della legge 241 del 1990, definito quale essenza stessa dell'attività amministrativa e baricentro dell'esercizio legittimo del pubblico potere [52] .

Allorquando l'atto presupponente sia l'unica, immediata e diretta conseguenza dell'atto presupposto, invece, non è necessaria l'impugnazione del primo in ragione della retroattività dell'accertamento giurisdizionale che ne dichiara l'illegittimità. Si può osservare, tuttavia, che il predetto corollario soffre un'eccezione tutte le volte in cui il giudice amministrativo, modulando gli effetti del suo sindacato, escluda il carattere retroattivo della sua pronuncia per non deteriorare la posizione giuridica soggettiva di cui il ricorrente invoca la tutela [53] .

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 6922, sembra aver fatto corretta e agevole applicazione dei principi e delle regole esposte. Nel caso di specie sottoposto all'attenzione del giudice d'appello veniva in rilievo l'illegittimità di un decreto ministeriale (il D.M. n. 70 del 21 aprile 2015) sulla base del quale il Commissario ad acta per la Sanità della Regione Lazio aveva emanato un decreto volto a stabilire la quantificazione dell'offerta ospedaliera regionale di posti letto per i periodi di convalescenza che seguono la fase acuta di una malattia.

La Regione Lazio, appellante avverso la sentenza di primo grado, sosteneva che il decreto ministeriale n. 70 del 21 aprile 2015 non poteva essere qualificato quale atto presupposto

del richiamato decreto del Commissario ad acta per la Sanità (n 377 del 2016) poiché quest'ultimo avrebbe individuato il fabbisogno regionale di posti sulla base di un criterio distinto ed autonomo da quello del decreto ministeriale. La resistente in giudizio, dal suo canto, poneva in evidenza la piena sovrapponibilità del criterio prescelto dalla Regione Lazio con quello indicato dal più volte menzionato decreto ministeriale. La vicenda processuale, peraltro, involgeva anche i rapporti tra il richiamato decreto del Commissario ad acta n. 377 del 2016 e un successivo provvedimento commissariale (<https://URL>), poiché quest'ultimo trovava la propria ragione giustificatrice nella modifica, operata dal secondo, della differente erogazione e della diversa allocazione dei posti letto accreditati agli operatori sanitari esercenti la loro attività in nome e per conto del servizio sanitario nazionale, tra cui rientrava la resistente in giudizio.

Proprio in virtù del nesso di presupposizione esistente tra i decreti commissariali, il Tribunale amministrativo ne acclarava la contestuale caducazione. Il Consiglio di Stato perviene allo stesso esito interpretativo quanto ai rapporti tra decreto ministeriale n. 70 del 21 aprile del 2015 e decreto commissariale n. 377 del 2016, osservando che essendo pacifico il nesso di presupposizione-conseguenzialità che lega tra Il decreto del commissario ad acta n. 377/2016 e il DCA n. 275/2018 si deve del pari riconoscere la sussistenza di un analogo rapporto di presupposizione-conseguenzialità tra il D.M. n. 70 del 2015 e il decreto commissariale n. 77 del 2016 per quanto concerne l'individuazione del fabbisogno di posti letto.

Gli elementi ritenuti decisivi dal Consiglio di Stato per il riconoscimento di un nesso di presupposizione dal carattere necessario sono individuati nella medesima finalità perseguita nonché dall'aver costituito il decreto ministeriale l'antecedente logico e necessario per una diversa allocazione delle prestazioni erogate in ambito sanitario. I provvedimenti amministrativi esaminandi, quindi, hanno ad oggetto il medesimo bene della vita e sono avvinti da un rapporto di consequenzialità diretta, immediata e necessaria.

Le argomentazioni del Consiglio di Stato si presentano lineari e immuni da perplessità e dubbi critici. Il giudice di ultima istanza osserva quanto segue: *“andando ad applicare le suesposte coordinate generali al caso ora in esame, che il nesso di presupposizione che lega il DCA n. 377/2016 al D.M 21 aprile n. 70 del 2015 debba essere colto nel fatto che ambedue i provvedimenti sono volti a ridefinire il fabbisogno massimo di posti letto di post-acuzie e, per quanto di interesse, il fabbisogno massimo di posti letto per la neuro-riabilitazione ("codice 75"). Del resto, la conferma del menzionato nesso di presupposizione si rinviene nel documento allegato al DCA n. 377/2016 (intitolato "Programmazione dell'offerta di posti letto di post-acuzie riabilitativa e medica"), il quale sottolinea, al suo primo periodo, che la rimodulazione dell'area delle post-acuzie è stata demandata dal DCA n. U00412 del 26 novembre 2014 (recante programmazione della rete ospedaliera della Regione Lazio per acuti) ad un successivo provvedimento "in coerenza*

con quanto stabilito dal D.M. n. 70 del 2015. Invero nel disporre la revisione del fabbisogno regionale di posti letto, il DCA n. 377/2016 prende le mosse dalla differenza tra l'offerta programmata sulla base del precedente DCA n. 412/2014 ed il fabbisogno di posti letto di post-acuzie determinato in base al D.M. N. 7 del 2015. Tale differenza è particolarmente marcata per quanto concerne il confronto tra l'offerta programmata di posti letto "codice 75" secondo il DCA n. 412/2014 (n. 380 posti) ed il fabbisogno determinato ai sensi del decreto ministeriale citato. (n. 117 posti). Come si legge a pag. 2 del documento allegato allo stesso DCA n. 377, questa divergenza (di ben 263 posti) costituisce proprio una delle due motivazioni dalle quali ha preso le mosse il DCA n. 377/2016 per individuare il fabbisogno di posti letto di alta specialità riabilitativa (con codici 75 e 28) sulla base del criterio dell'effettiva domanda di assistenza erogata. L'altra motivazione si fonda anch'essa sul D.M. N. 70 del 2015 e riguarda l'assenza, nel decreto ministeriale, di uno standard specifico per i posti letto "codice 28" (mielolesioni): questi, infatti, nel computo del fabbisogno in base al D.M. N. 70 del 2015, sono accomunati ai posti letto con codice 56 (cfr. la tabella riportata a pag. 1 dell'allegato al DCA n. 377/2016). Dunque, il surplus di n. 263 posti letto di neuro-riabilitazione (di "eccesso" parla, a pag. 1, l'allegato al DCA n. 377/2016) derivante dalla differenza tra i posti letto con codice 75 calcolati in base al DCA n. 412/2014 (380) e quelli con medesimo codice calcolati secondo il criterio del D.M. n. 70 del 2015 è il presupposto dal quale muove l'impugnato DCA n. 377/2016 per la rimodulazione del fabbisogno regionale dei posti letto: ma tale presupposto cade per effetto dell'accertamento dell'illegittimità del criterio di cui al decreto ministeriale (limite massimo di 0,02 posti letto per 1.000 abitanti), e venendo meno il presupposto, in base ai principi generali sopra enunciati, non può che venire meno, altresì, la disciplina dettata dall'atto consequenziale (il decreto commissariale). In altre parole, il presupposto del DCA n. 377/2016 è un dato numerico attinente a un preteso eccesso di posti letto di neuro-riabilitazione (263), derivante da un rapporto differenziale (380 - 117) in cui, però, uno dei due termini del rapporto (il numero di n. 117 posti letto "codice 75" determinato in base a D.M. n. 70 del 2015) è venuto meno, stante l'illegittimità, giudizialmente accertata, del criterio previsto per la sua determinazione. Orbene, tale illegittimità si riflette sullo stesso dato numerico (263) del surplus emergente dal citato rapporto differenziale, viziandolo a sua volta e rendendolo inattendibile, poiché solo uno dei termini da cui esso dipende (il numero di posti letto con codice 75 determinato ai sensi del DCA n. 412/2014, pari a 380) è rimasto intatto, mentre l'altro termine, come detto, è venuto meno. Non essendovi più il dato numerico (263) attestante il presunto eccesso di posti letto "codice 75" che, secondo il DCA n. 377/2016, giustificava la rimodulazione del fabbisogno dei medesimi posti letto, vien meno il presupposto logico-giuridico di detta rimodulazione, operata dal decreto commissariale, il quale, perciò, non può che essere anch'esso travolto. Né si può obiettare, al riguardo, che rimarrebbe in piedi l'altra motivazione addotta dall'allegato al DCA n. 377/2016 per giustificare la rimodulazione del fabbisogno di posti letto (la necessità di uno standard specifico per i posti letto "codice 28"), poiché anche per questo verso la rimodulazione ha preso le mosse dai dati numerici

derivanti dall'applicazione del criterio stabilito dal D.M. n. 70 del 2015 e l'illegittimità di tale criterio non può che avere viziato nel suo complesso la suddetta operazione di rimodulazione. Ovviamente, la caducazione del DCA n. 377/2016 non può che implicare, a cascata, il travolgimento del DCA n. 275/2018, quale atto strettamente conseguente al precedente.”

Le coordinate ermeneutiche delineate dal Consiglio di Stato appaiono logicamente e giuridicamente ineccepibili soprattutto qualora si considerino le particolari modalità di programmazione di erogazione delle prestazioni sanitarie nonché dei peculiari rapporti tra soggetti pubblici e privati nel sistema sanitario. Coloro che intendono erogare prestazioni sanitarie a favore degli utenti, innanzitutto, devono ottenere un'autorizzazione dall'ente comunale ex art. 8 ter del decreto legislativo n. 502 del 1992 per la realizzazione di strutture nelle quali espletare la propria attività [54] .

In secondo luogo, è possibile conseguire il cd. accreditamento istituzionale, il quale consiste in un atto amministrativo emanato dalla Regione e rilasciato purché le strutture che presentano istanza a tal fine abbiano i requisiti di qualificazione e dimostrino la loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale e superino la verifica circa l'attività svolta e i risultati raggiunti. A tale scopo la Regione definisce il fabbisogno di assistenza secondo le funzioni sanitarie individuate dal Piano sanitario regionale per garantire i livelli essenziali ed uniformi di assistenza, in ossequio alla disposizione contenuta nell'art. 8 *quater*, comma 1, del decreto legislativo n. 502 del 1992.

Infine, i soggetti accreditati possono stipulare un contratto con il quale essi possono svolgere la propria attività non solo in nome ma anche a carico del servizio sanitario nazionale. La remunerazione del servizio erogato, peraltro, può subire delle legittime variazioni in virtù della modifica della programmazione realizzatasi dopo la conclusione di detti accordi [55] .

Ai fini che qui ci occupano occorre rilevare che l'art. 117 della Costituzione contempla, in punta di riparto della potestà legislativa, più titoli di legittimazione. Il comma III annovera tra le materie di competenza concorrente la tutela della salute. Lo Stato, dunque, ne delinea i principi fondamentali e le Regioni emanano la disciplina di dettaglio. Nelle materie di competenza concorrente rientra anche il coordinamento della finanza pubblica, che incide anche sul diritto alla salute in quanto essa consiste in una situazione giuridica soggettiva finanziariamente condizionato soprattutto a seguito della costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio per l'effetto della legge n. 1 del 2012.

Infine, è ascritta alla esclusiva competenza statale la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni, i quali debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ex art. 117, comma II, lettera m della Costituzione. In particolare spetta allo Stato centrale disciplinare i livelli essenziali di assistenza che riguardano gli standard qualitativi e quantitativi delle

prestazioni da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale e, quindi, in essi rientrano le previsioni statali volte a consentire la fruizione da parte degli utenti del servizio sanitario delle prestazioni che ne costituiscono attuazione [56] .

Le fonti di rango costituzionale governano i procedimenti di rilevanza sanitaria che, sul piano ordinario, rinviengono la loro principale regolamentazione nel decreto legislativo n. 502 del 1992.

L'art. 1, comma 10, della norma appena cennata statuisce che il piano sanitario nazionale individua gli obiettivi e le priorità del servizio sanitario che tutti i livelli territoriali competenti e le strutture del servizio sanitario sono chiamati a conseguire nel triennio della sua vigenza. La funzione principale del predetto piano è quella di garantire i livelli essenziali di assistenza sanitaria. Viceversa, il piano sanitario regionale costituisce il piano strategico degli interventi volti a definire gli obiettivi di salute e il funzionamento dei servizi, finalizzati al soddisfacimento delle esigenze della popolazione regionale, in attuazione del piano sanitario nazionale.

La disamina effettuata dalla materia sanitaria rende di palamare evidenza la stretta concatenazione tra le norme emanate dalle Regioni e dallo Stato, la loro inerenza ad un medesimo bene della vita e il loro inserimento in un rapporto di diritto pubblico interessato da un iter procedimentale che si svolge su differenti livelli di governo. Nel caso di specie, il decreto n. 377 del 2016 del Commissario *ad acta* per la Regione Lazio provvedeva alla rideterminazione dell'allocazione delle prestazioni erogata in materia sanitaria alla luce delle indicazioni vincolanti contenute nel piano strategico nazionale adottato mediante decreto ministeriale ai sensi dell'articolo 2 della legge 13 del 1991.

Il nesso di presupposizione a carattere necessario si evince chiaramente da una piana lettura della disposizione normativa in commento nella parte in cui reca la regolamentazione e la disciplina afferente gli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi delle strutture relativi all'assistenza ospedaliera e, contestualmente, statuisce che le regioni provvedono, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto ad adottare il provvedimento generale di programmazione di riduzione della dotazione dei posti letto ospedalieri accreditati ed effettivamente a carico del Servizio sanitario regionale.

9. Considerazioni finali

Concludendo, si può rilevare che il principio di derivazione conosce diverse modulazioni in ragione della relazione procedimentale o meno che lega gli atti e dei provvedimenti amministrativi.

L'esegesi dominante della giurisprudenza, volta ad ammettere l'istituto dell'invalidità derivata, non si può ritenere collidente con i canoni fondamentali dell'effettività della tutela

giurisdizionale, del rispetto del principio del contraddittorio e della necessaria impugnazione delle deliberazioni ascrivibili agli organi pubblici della propria sfera giuridica, nella misura in cui si ritiene sussistente il nesso di presupposizione a carattere purché le decisioni della pubblica amministrazione riguardino il medesimo bene della vita.

La recente sentenza del Consiglio di Stato ha adeguatamente messo in luce, dunque, il grimaldello per fornire una lettura costituzionalmente orientata della materia *de qua*: medesimezza della *res* cui si anela equivale, almeno tendenzialmente, a sovrapposibilità dei destinatari della manifestazione di volontà dell'Autorità, con conseguenziale risoluzione dei problemi scaturenti dall'esigenza di consentire a ciascuno la difesa in giudizio dei propri diritti soggettivi e dei propri interessi legittimi *ex art. 24* della Costituzione.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2017, pag. 204.
- [2] R. CHIEPPA- R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2020, pag. 624.
- [3] Così F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova 2009, pag. 423 e ss.
- [4] Così. R. CHIEPPA-R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, pag., 625.
- [5] Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 1744 del 2016.
- [6] Così F. CARINGELLA- M. PASTORE, *Manuale di diritto amministrativo, L'invalidità del provvedimento amministrativo*, Dike Editrice, Roma, 2014, pag. 185.
- [7] Vedi sul punto R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, Roma, 2017, pag. 1066; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. MAZZAROLLI- G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA, III ed., Bologna, 2001, pag. 1604 e ss.; B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, pag. 423; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1993, II, pag.563 e ss.
- [8] Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 672 del 2000.
- [9] Così Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 672 del 2000.
- [10] Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 5559 del 2007.
- [11] Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 2766 del 2010, Consiglio di Stato Sez. V, sentenza n. 2586 del 2009; sent. n. 5583 del 2008; Sez. IV, sent. n. 991 del 2006.
- [12] Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 4404 del 2015.
- [13] Cfr. F. ANCORA, *Studi in onore di Alberto Romano, L'invalidità derivata nel diritto pubblico ed in particolare nel diritto amministrativo*, Napoli, 2011.
- [14] Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2611 del 2015; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 2116 del 2015; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 1782 del 2015 e n. 1652/2015); Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 163 del 2015; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 6174 del 2014.
- [15] V. sul punto A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, in *Il nuovo Diritto amministrativo*, Giuffrè. 2005, pag. 130-131; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2002, pag. 294 il quale parla, in tale ipotesi, di una pseudo nullità, in cui, invero “la conseguenza della mancata comunicazione del vizio di nullità sarebbe per l'appunto, quella che una volta divenuto inoppugnabile il provvedimento finale non si potrebbe più far valere la nullità dell'atto procedimentale”.
- [16] E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, pag. 646 e ss.
- [17] Sul punto cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, Roma, 2017, pag.1068.
- [18] Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 785 del 2002.
- [19] Cfr. P. VIRGA, *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente dell'annullamento giurisdizionale*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 689; A.M. SANDULLI, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1982, 21; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 3040 del 2003; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 5189; Tar Lazio, Roma, Sez. II, sentenza n. 2553 del 2014; Tar Campania, Napoli, Sez. IV, sentenza n. 385 del 2015.
- [20] Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 2237/2000; C.g.a. sentenza n. 934 del 2013.
- [21] D. CORLETTI, voce *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, in *Digesto* (discipline pubblicistiche), XIV,566.
- [22] R. GALLI, *Nuovo Corso di Diritto amministrativo*, CEDAM, Milano, 2019, pag. 860 e ss. Cfr. anche G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo-Saggio critico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, pag. 469 e ss.
- [23] Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 2858 del 2017; CDS, sez. IV, sentenza n. 6188 del 2012; CDS, sez. IV, n. 602 del 2017; Cass. Civ., Sez. Unite, sentenza n. 2858 del 2017 le quali rammentano che “che l'atto soprassessorio con il quale la p.a. rinvia ad un accadimento futuro ed incerto nell'an e nel quando il soddisfacimento dell'interesse pretensivo fatto valere dal privato, costituisce un vero e proprio diniego a

provvedere, come tale determinante un arresto a tempo indeterminato del procedimento attivato dal privato, lesivo della posizione giuridica del richiedente; ne consegue che, ancorchè non definitivo, tale atto - paralizzando la situazione giuridica del soggetto destinatario dello stesso, rendendola di fatto inutilizzabile per un periodo di tempo non definito - deve essere considerato immediatamente impugnabile, onde consentire il controllo di legittimità da parte del giudice competente". Tale indirizzo trova sostanziale rispondenza nell'orientamento del Consiglio di Stato, che, a partire dalla nota decisione dell'Adunanza plenaria n. 8 del 10 luglio 1986, ha delineato i contorni del c.d. "arresto procedimentale", ponendo l'accento sull'effetto preclusivo derivante da un atto prodromico, che, da un lato, frustra le aspirazioni alla realizzazione dell'interesse pretensivo provocando un'interruzione, virtualmente definitiva, del normale svolgimento del procedimento amministrativo, e, dall'altro, assumendo natura "esterna", incide immediatamente sulla situazione giuridica del richiedente. L'arresto procedimentale assume, quindi, una duplice valenza, che può ricondursi, volendo individuare un comune elemento caratterizzante, a una particolare efficacia, normalmente preclusiva, dell'atto prodromico rispetto alla propria funzione endoprocedurale e agli effetti normalmente prodotti dal provvedimento conclusivo del procedimento".

[24] V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2018, pag. 1153.

[25] Cons. Stato Roma Sez. V, sent. N. 163 del 2015.

[26] Cfr. R. VILLATA -M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006; C. MARZUOLI, *Atti amministrativi e atti della pubblica amministrazione*, in [www. Iuspublicum.com](http://www.Iuspublicum.com), 2011; D. SORACE, *Promemoria per una voce "atto amministrativo"*, in AA.VV, *scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, pag. 752.

[27] Cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche, Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2014, pag. 117 e ss.; F.G. SCOCA, *Il provvedimento*, in *Il diritto amministrativo*, Torino, 2017, pag. 286.

[28] Cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pag. 642 e ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, pag.237 e ss.

[29] Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 34 del 2012; cfr. P. PORTALURI, *La regola estrosa: note su procedimento amministrativo e ius superveniens*, in [www. giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it); P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, vol. II, Milano, 2001, pag. 119 e ss.

[30] Sul punto cfr. F. LA VALLE, *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità sui provvedimenti e sugli adempimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1963, pag. 875 e ss.; C. PADULA, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale sugli atti amministrativi applicativi della legge annullata*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, vol. IV, pp. 1493-1522.

[31] Sul punto Corte costituzionale sentenza n. 69 del 2014, 310 e 83 del 2013; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 166 del 2012; sez. IV, sentenza n. 202 del 2010.

[32] In proposito si veda N. PIGNATELLI, *I provvedimenti amministrativi "anti-comunitari": profili sostanziali e processuali*, in *La Rivista*, Neldiritto, 2009, 6, pag. 885 e ss.; R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007; F. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M. P. CHITI-GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, pag. 936 e ss.

[33] Una prima tesi sosteneva che la legge dichiarata incostituzionale sia ab origine inefficace, con la conseguenza che tutti sono tenuti a non osservarla. L'atto, dunque, sarebbe inficiato da una validità originaria e dovrebbe considerarsi nullo se costituisce l'unica norma attributiva del potere. Sul punto, cfr. V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2018, pag. 54; in chiave critica è stato obiettato che la legge costituzionalmente illegittima è invalida ma efficace, con la conseguenza che essa deve essere rispettata a partire dal momento della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Altra autorevole opinione perveniva al medesimo esito interpretativo mediante un differente percorso argomentativo e, in particolare, facendo leva sulla efficacia retroattiva delle sentenze delle Corte Costituzionale. Cfr. A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2011, pag. 111.

[34] Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4264 del 2014; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 8363 del 2010.

[35] Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 633 del 1998.

[36] R. VILLATA- M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, pag. 454.

[37] TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 18 marzo 2013, 268; Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579; Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35. Per l'esame di alcuni tra i più rilevanti dei numerosi contributi in dottrina

cfr. F. G. COCA, *Appunti sulla "validità" del provvedimento amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 4/2018, pp. 1037-1062; T. BONETTI - A. SAU, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, {https/URL} Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime, in *Diritto pubblico*, n. 2/2015, pp. 673-687.

[38] Cfr. G. MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo, verso una possibile tutela*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, p. 643.

[39] Così R. GAROFOLI- G.FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, pag. 2112, Neldiritto Editore, Roma 2016.

[40] V. F. CARINGELLA- M. PASTORE, *op.cit.*, pag. 187.

[41] Cfr. A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, *op.cit.*, pag. 132.

[42] Sul punto v. P. VIRGA, *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente dell'annullamento giurisdizionale*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, pag. 698.

[43] Cfr. A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo*, *op. cit.* pag. 299.

[44] Cfr. G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1993, pag. 191 e ss.; G. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. Dir. comm.*, 1997, I, pag. 300.

[45] Cfr. R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, *op.cit.* pag. 211; Tar Toscana, Firenze, sentenza n. 1576 del 2018.

[46] Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 232 del 199; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 853 del 1999; Cons. Stato, Sez. sentenza n. 3070 del 2001; Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 821 del 2003, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-ter, sentenza n. 1073 del 2006; Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 2861 del 2013.

[47] Cons. Stato Sez. V, sentenza n. 2611 del 2015; adesivamente Consiglio di Stato, sent. n. 5294 del 2012).

[48] Cons. Stato, sezione VI, sentenza n. 2696 del 2002.

[49] Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 3272 del 2013.

[50] Cons. Stato Sez. IV, sentenza n. 2456 del 2018.

[51] Per un approfondimento della tematica in commento cfr. D. TUCCI, *L'atto amministrativo implicito*, Milano, 1990. IEVA, *Presupposti processuali e condizioni dell'azione*, in L. IEVA- G. PESCE – R. GIOVAGNOLI, *Trattato di giustizia amministrativa*, vol. III, *Il processo amministrativo di primo grado*, Milano, 2005, 400; F. D. TREBASTONI, *Tipologie di atti e onere di impugnazione*, in *www.Diritto&Diritti.it*.

[52] Corte costituzionale, sentenza n. 92 del 2015. Per un approfondimento v. E. CASETTA - F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, pag. 515 e ss.; G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pag. 1235 e ss.

[53] Cons. St., sez. VI, sentenza n. 2755 del 2011. Cfr. anche A. Giusti, *La Corte di giustizia interviene sul potere del giudice nazionale di modulare gli effetti dell'annullamento*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2013; M. Macchia, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1310 ss.; E. Follieri, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 439 ss.; E. Loria, *Accertata l'illegittimità dell'atto impugnato il giudice può decidere della non retroattività*, in *Guida dir.*, 26/2011, 103 ss.

[54] Cfr. sul punto V. Molaschi, *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e tutela della concorrenza*, in *Giur.it.* 2914, pag. 674 e ss.

[55] L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che l'efficacia retroattiva degli atti programmatori non comporta alcuna lesione dell'affidamento in quanto gli erogatori delle prestazioni sanitarie possono fare riferimento all'entità dei tetti di spesa fissata l'anno precedente. A.P., Consiglio di Stato, sentenza n. 4 del 2014.

[56] Cfr. per tali aspetti R. BALDUZZI, *Profili costituzionali*, in R. BALDUZZI- G-CARPANI, *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, pag. 32-33.

IL FINE VITA: UN TEMA SEMPRE ATTUALE

Il tema del fine vita non soltanto ha catturato l'attenzione del panorama giuridico e politico, ma ha anche investito taluni principi costituzionali. Il presente contributo esamina le tre vicende più note in materia, perseguendo un duplice obiettivo: da un lato, segnalare il ritardo con cui il legislatore italiano è intervenuto sull'approvazione di una legge relativa all'eutanasia; dall'altro, rimarcare le differenze sussistenti tra i casi analizzati. Sebbene l'ultima pronuncia della Corte costituzionale costituisca una "svolta" per il contesto nazionale, un dato appare incontestabile: il tema del fine vita è destinato a suscitare clamore.

autore **Luana Leo**



Abstract ENG

Sommario: 1. Diritto alla vita, Costituzione, e dignità umana; 2. Il diritto alla salute: *excursus* storico ed analisi intrinseca; 2.1 La tutela della salute nella giurisprudenza costituzionale; 2.2 Il riconoscimento del diritto alla salute nello spazio sovranazionale; 3. Tra la vita e la coscienza: il caso Welby; 4. Una fine preannunciata: il caso Englaro; 5. Una lezione di vita: il caso Cappato; 6. L'incidenza del principio costituzionale di autodeterminazione in tema di fine vita; 7. L'approdo al testamento biologico: una conquista italiana "solo" recente; 8. Conclusioni: tra ritardi ed inerzia affiora un'unica certezza.

1. Diritto alla vita, Costituzione, e dignità umana

Nella Costituzione Repubblicana del 1948 si riscontra l'assenza di una disposizione *ad hoc* sul diritto alla vita. Tuttavia, il silenzio del legislatore costituzionale non abbatte l'opinione prevalente secondo cui tale diritto trova pieno riconoscimento nella Legge Fondamentale. Tale diritto, altresì, trova spazio tra i diritti garantiti dall'art. 2 Cost., in quanto presupposto logico della titolarità e dell'esercizio di ogni altro diritto. Il diritto alla vita rientra nella categoria dei c.d. "beni-presupposto" della Costituzione, pur non essendo esplicitamente accennato nel dettato costituzionale. La dottrina concorda nel ritenere il diritto in esame un'implicazione del sistema costituzionale^[1]. Tale ragionamento muove da una considerazione della logica assiologica dell'ordinamento: le lacune individuate vengono colmate solo se imputate a qualche clausola costituzionale aperta. L'art. 2 Cost., infatti, viene considerato una norma c.d. a "fattispecie aperta", avente la funzione di garantire a livello costituzionale quei diritti non espressamente menzionati in Costituzione, reputati comunque come fondamentali poiché, a seconda del schema filosofico di riferimento, qualificati come tali nella coscienza sociale (visione storicistica) o naturali dell'individuo (visione giusnaturalistica)^[2]. La rilevanza del diritto alla vita, dunque, non è oggetto di discussione; come sottolineato da una corrente di pensiero, senza di esso

"il riconoscimento, la tutela e l'esercizio degli altri diritti individuali e sociali della persona umana, e l'imposizione della rimozione di detti ostacoli e dell'adempimento di detti doveri, resterebbero astratte enunciazioni prive di effetti: a cominciare dagli stessi diritti di libertà, perché per poter essere liberi occorre essere innanzitutto soggetti vivi"^[3].

Tuttavia, a suscitare perplessità – a parere di chi scrive – non è la natura costituzionalmente implicita del diritto alla

vita. Ove tale diritto fosse menzionato nella Carta Costituzionale, la mancanza di elementi indispensabili al suo inquadramento, solleverebbe comunque numerosi dubbi nei confronti dello stesso.

Al contrario di quella italiana, la Costituzione tedesca post-bellica ha riconosciuto esplicitamente il diritto alla vita come fonte primaria di tutti gli altri diritti. L'art. 2 del *Grundgesetz*, nel prevedere che *"ognuno ha diritto alla vita ed all'integrità fisica"*, tende a garantire un diritto al cittadino senza impegnare i pubblici poteri in azioni positive^[4]. Secondo una parte della dottrina, l'ambiguità della dimensione costituzionale del diritto alla vita deriva dai metodi interpretativi adottati. Si tratta di metodi che delineano il diritto in discussione "pressando" su principi e clausole generali racchiusi nella Costituzione. Seguendo un ragionamento per "valori", le previsioni costituzionali orientano l'interprete ad assumere

"come punto di riferimento non solo lo specifico dato normativo che emerge dal testo, ma anche il più ampio "valore" che ne è alla base"^[5].

Stando alla posizione della giurisprudenza costituzionale, la tutela costituzionale del diritto alla vita, non solo trova fondamento nell'art. 2 Cost., ma è rafforzata in sede penale dal divieto della pena di morte sancito nell'art. 27, comma 4, Cost. In un caso di specie, la Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale di norme che ammettevano l'extradizione per reati puniti con la pena capitale dello Stato richiedente, ha evidenziato che, nel sistema costituzionale italiano, l'inammissibilità della pena di morte si configura quale protezione della garanzia assicurata al bene fondamentale della vita^[6].

Con riguardo al rapporto tra diritto alla vita e dignità umana, si è consolidata la tesi secondo cui, da un lato, la dignità consisterebbe nel diritto individualistico all'autodeterminazione del singolo, dall'altro, nella concessione della qualità di ogni essere umano vivente come tale. Tale bilanciamento, prospettato nel caso dell'eutanasia, corrisponde al delicato rapporto tra diritto alla vita e diritto a disporre della propria vita.

Un bilanciamento innovativo rispetto a quello impiegato dalla giurisprudenza costituzionale in un'altra sensibile questione della bioetica: l'aborto. Nel caso sopracitato, infatti, si è parlato di diritto del concepito, inteso come diritto inviolabile dell'uomo riconosciuto e tutelato dall'art. 2 Cost. ed il diritto fondamentale alla vita e alla salute della figura materna^[7]. In tale senso, come sottolineato da una parte della dottrina, si assiste al passaggio da un bilanciamento tra diritti riferiti a soggetti distinti (quello alla vita del concepito e quello alla vita e alla salute della madre) ad un bilanciamento in cui entra in gioco l'elemento soggettivo e psicologico attinente alla percezione della propria vita e della propria morte^[8].

Nello scenario tracciato, la dignità umana si rivela pericolosa per varie ragioni. In primo luogo, la maggior parte della dottrina concorda sulla complessità^[9] della stessa, in quanto concetto ambiguo^[10], unico per la variabilità dei suoi confini^[11], dal carattere solenne, impossibile da definire in astratto. In secondo luogo, non deve trascurarsi la contemporanea presenza di concezioni assolutiste ed oggettiviste della dignità umana e concezioni liberali ed antipaternaliste della medesima. In terzo luogo, occorre tenere presente che, tale valore non trova riconoscimento soltanto nel dettato costituzionale, ma anche sul piano legislativo, giurisprudenziale, filosofico e politico.

Oltre che nociva, il valore in commento funge da elemento di chiusura: la dignità umana, dunque, pone fine alla discussione, precludendo qualsiasi altra argomentazione. In definitiva, il richiamo a tale valore in tema di fine vita finisce per complicare una questione di per sé spinosa e ancora aperta. Un dato pare indiscutibile: la vita è un bene; la dignità umana, quale elemento costitutivo della sua natura, merita sempre rispetto^[12].

2. Il diritto alla salute: *excursus* storico ed analisi intrinseca

La Costituzione Italiana dedica alla tutela della salute una specifica disposizione. Ai sensi dell'art. 32 Cost.,

"la Repubblica tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti".

Tale articolo, al comma successivo, prescrive che *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizioni di legge”*, aggiungendo che *“la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”*.

Da una lettura rapida della disposizione in discussione emerge come il Costituente abbia previsto per la salute non solo una tutela di carattere oggettivo, ma abbia tracciato un vero e proprio diritto soggettivo. Il diritto alla salute è un principio-chiave dell'ordinamento democratico. Per tale motivo, decorsi più di settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana del 1948, la discussione ruota intorno all'ampiezza e alla portata del suddetto diritto, e soprattutto attorno alla sua interpretazione in termini estensivi.

Occorre specificare che, la stabilità del diritto alla salute rappresenta il frutto di un processo lungo e travagliato, non privo di incongruenze. Inizialmente, nei Paesi di impronta liberale, la salute era percepita come un problema di ordine pubblico interno ed internazionale. All'inizio del XIX secolo, le politiche a tutela della salute erano finalizzate a contrastare la diffusione di malattie ed epidemie: in mancanza di cure idonee, l'intervento statale mirava a prevenire il sovraccarico delle persone in stato di disagio. Da ciò ne discende che, in tale periodo storico, venivano predisposti mezzi e percorsi di protezione dell'ordine pubblico, trascurando la visione della salute quale situazione giuridica soggettiva della persona. Tale situazione permane con l'entrata in vigore della Costituzione Repubblica, giacché ogni competenza inerente al settore della salute era devoluta al Ministero dell'Interno, ossia l'autorità centrale deputata ad occuparsi dell'ordine pubblico interno. In concreto, il diritto alla salute non è stato reputato come tale fino all'istituzione del Ministero della salute[13], avvenuta nel 1958. In tale lasso di tempo, la forte considerazione dei diritti civili e sociali e delle libertà del cittadino non si combinava con il riconoscimento e la promozione dei diritti sociali. Tuttavia, con ciò non si vuol mettere in dubbio l'apporto costituzionale in materia di tutela alla salute.

A tal proposito, risuonano le parole di Costantino Mortati, secondo il quale

“la costituzione italiana è la sola, fra quelle contemporanee, che, nel conferire rilievo costituzionale agli interessi collegati con la salute dei cittadini, ne abbia dato una disciplina compiuta”[14].

I limiti del sistema sanitario dell'epoca, consistenti nella dipendenza della persona al mondo del lavoro e nella sussistenza di livelli di prestazioni differenti a seconda della categoria e del livello professionale di appartenenza, convinsero il legislatore ad introdurre rilevanti provvedimenti. Il primo intervento consisteva nell'istituzione del Ministero della Sanità[15], organo centrale di indirizzo ed organizzazione di tutto il Sistema sanitario nazionale. Con la c.d. Legge Mariotti[16], è stato riformato il sistema degli ospedali, amministrati da enti di assistenza e beneficenza, trasformandoli in enti pubblici e regolamentandone l'organizzazione. La nascita del Servizio sanitario nazionale, fondato su di una logica contributiva e redistributiva, perfeziona l'attuazione della riforma del sistema sanitario[17].

Da tale quadro emerge che, la disciplina sanitaria si è sempre orientata verso la realizzazione di un sistema sanitario unitario, teso a garantire il diritto alla salute a tutti i cittadini, senza alcun tipo di discriminazione. Al contempo, alle Regioni sono state riconosciute crescenti responsabilità[18] gestionali e programmatiche in ambito sanitario.

Per volontà del legislatore, le pressioni verso una progressiva regionalizzazione della sanità dovevano essere controbilanciate dalla presenza di riferimenti nazionali sul livello di assistenza da riconoscere. La legge di revisione costituzionale 18 ottobre 2001, nel ridisegnare le competenze legislative dello Stato e delle Regioni, ha attribuito al primo la competenza legislativa esclusiva per la

“determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”[19]

e alle seconde la responsabilità della programmazione, della gestione e della spesa nell'ambito sanitario[20].

Una volta delineato l'*excursus* storico del diritto in commento, appare opportuno procedere ad un'analisi dello

stesso. Innanzitutto, in tale diritto deve essere ritenuta inclusa la protezione dell'integrità e dell'equilibrio psico-fisico dell'individuo rispetto a qualsiasi forma di condizionamento, impedimento o comportamento lesivo derivante da altri soggetti, compresa la scelta di assoggettarsi a taluni trattamenti sanitari.

Il diritto alla salute si sostanzia anche come pretesa dell'essere umano ad ottenere le prestazioni sanitarie ritenute indispensabili per la salvaguardia della propria salute. I due diversi profili di protezione accennati corrispondono a distinte posizioni soggettive, ciascuna delle quali munita di una propria identità giuridica; in sostanza, esse identificano da una parte un diritto di libertà, dall'altra un diritto a conseguire prestazioni sanitarie[21]. Un aspetto da non trascurare consiste nella mancanza di una puntuale definizione di "salute". In genere, essa viene intesa come assenza di malattia, assumendo così una valenza negativa. Una corrente di pensiero, invece, definisce la salute uno *"stato anatomico-fisiologico corrispondente, in atto e in potenza, ad un essere naturalmente normale"* [22]. Una definizione più ampia, tale da inglobare le relazioni affettive e sociali dell'individuo, considera la salute[23] uno

"stato ottimale corrispondente a funzioni filogeneticamente stabilite, che nell'uomo comprendono anche funzioni logiche, affettive, relazionali e implicano sistemi interpersonali e strutture sociali".

2.1 La tutela della salute nella giurisprudenza costituzionale

Fino agli anni '70, la giurisprudenza costituzionale non ha mostrato particolare interesse per il diritto alla salute. Un primo approccio al tema si è avuto con la sentenza 21 maggio 1975, n. 112. In detto caso, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 3 dicembre 1931, n. 1580, avente ad oggetto le norme per la rivalsa delle spese di ospedalità e manicomiali. Con tale sentenza, la Corte ha dichiarato che l'art. 32 Cost. è una norma di legislazione, in quanto affida a leggi future il compito di soddisfare i bisogni sanitari della società mediante l'organizzazione delle prestazioni ed il riparto dei relativi costi tra comunità e individui, prestando peculiare attenzione alle condizioni economiche di questi ultimi. Da ciò ne discende che, in tale fase storica, la giurisprudenza costituzionale considera l'art. 32 come norma programmatica. Una visione opposta a quella odierna che intravede nel predetto articolo una norma precettiva. Qualche anno dopo, si perviene alla dichiarazione di taluni principi in materia di diritto alla salute.

Nel caso di specie, alla Consulta era stato chiesto di vagliare la legittimità costituzionale dell'art. 2043[24] c.c., reputato dal giudice *a quo* illegittimo per la mancata inclusione della risarcibilità del danno alla salute. Con tale pronuncia, la Corte fa venir meno i dubbi sulla natura della situazione giuridica soggettiva individuata dall'art. 32 Cost. Il Giudice delle Leggi, non solo si limita a qualificare il diritto in commento quale diritto soggettivo, ma sostiene che esso, trovando garanzia nell'art. 32 Cost., figura come un diritto primario ed assoluto.

Nella sentenza 29 dicembre 1981, n. 202, la Corte si occupa dell'oggetto di tutela dell'art. 32 Cost., nonché l'integrità fisica dei cittadini, sottolineando che tale tutela si concretizza, da un lato, intervenendo con misure di prevenzione e, dall'altro, concedendo trattamenti

sanitari per le categorie vulnerabili. Con la sentenza 27 luglio 1982, n. 142, oltre a ribadire la valenza del bene-salute e l'obbligo costituzionale della sua tutela, la Consulta ha evidenziato come la legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, conceda tale tutela a tutti i cittadini, a prescindere dalla loro capacità economica. Più avanti, la Corte costituzionale ritorna a pronunciarsi sul tema del danno biologico. Nella sentenza 14 luglio 1986, n. 184, l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale consisteva nell'art. 2059[25] c.c.: il giudice rimettente riteneva tale articolo incostituzionale, poiché consentiva il risarcimento del danno alla salute solo in conseguenza di un reato e non anche nell'eventualità di illecito civile. Tale pronuncia assume particolare importanza per la definizione di "danno biologico" rilasciata dalla Corte: esso

“costituisce l'evento interno al fatto lesivo della salute mentre il danno morale subiettivo e il danno patrimoniale appartengono alla categoria del danno-conseguenza in senso stretto”.

Una volta terminato l'*excursus* storico sui precedenti legislativi relativi al risarcimento da danno, la Consulta dichiara non fondata la questione di legittimità dell'art. 2059 c.c., sulla base del fatto che non è quest'ultimo, ma l'art. 2043 c.c. a regolamentare la risarcibilità del danno biologico. Con la sentenza 27 ottobre 1988, n. 992, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 32, comma 4, della legge n. 730 del 1983 e dell'art. 15 della legge n. 887 del 1984, in quanto reputati in contrasto con l'art. 32 Cost. Nel caso di cui si discute, la USL aveva negato ad un soggetto il rimborso per le spese da quest'ultimo sostenute per due esami diagnostici effettuati tramite TAC presso un centro privato non convenzionato, il quale risultava essere l'unico in possesso di tale apparecchiatura in tutto il territorio nazionale. Tenuto conto degli articoli sopraindicati, in base ai quali le prestazioni di diagnostica specialistica ad elevato costo devono essere espletate presso strutture pubbliche, la Corte ha statuito che le spese sostenute dai cittadini devono essere rimborsate a carico del Sistema Sanitario Nazionale. La suddetta pronuncia è stata rovesciata due anni dopo con la sentenza 16 ottobre 1990, n. 455: la Corte, da un lato, ribadisce la tutela costituzionale del diritto alla salute, dall'altro, sostiene che essa debba svolgersi mediante un ragionevole bilanciamento con altri interessi parimenti garantiti sul piano costituzionale, prestando attenzione ai limiti finanziari ed organizzativi del settore pubblico. Verso la fine del XX secolo, la Corte costituzionale ha preso parte al dibattito sul c.d. "metodo Di Bella"[26]. Nella sentenza 26 maggio 1998, n. 185, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di taluni articoli del decreto legge n. 23 del 1998 alla luce degli artt. 2 e 3 Cost.

Essa, da una parte, segnalava una discriminazione a detrimento dei farmaci del c.d. "multitratamento Di Bella" rispetto agli altri farmaci all'avanguardia; dall'altra, intravedeva una discriminazione tra i malati terminali scelti per la sperimentazione e coloro che potevano accedere ai farmaci del "metodo Di Bella" soltanto a proprio spese. Alla luce

di tale quadro, la Corte ha invitato il legislatore ad emanare delle norme che permettessero anche ai soggetti indigenti di accedere a tale trattamento. Con l'inizio del nuovo secolo, la Consulta ha offerto peculiari definizioni su taluni tipi di danno, ossia il danno biologico, il danno esistenziale ed il danno morale. Nella sentenza 11 luglio 2003, n. 233, la Consulta ha qualificato quest'ultimo come il *“transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima”*; il danno biologico, invece, come

“lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico”;

infine, il danno esistenziale, come il *“danno che deriva dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona”*. Con la sentenza 23 dicembre 2008, n. 438[27], il Giudice delle Leggi è intervenuto su due temi: da un lato, il tema del consenso informato, e dall'altro quello della distribuzione delle competenze legislative tra Stato e Regioni in ordine alla tutela della salute. Nel caso di specie, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 3, comma 1, della legge regionale del Piemonte del 6 novembre 2007, n. 21[28], recante norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti[29] per violazione dell'art. 117, comma 3, Cost.

Entrando nello specifico, il promuovente sosteneva che l'articolo sopracitato eccedeva dalla competenza legislativa concorrente regionale in materia di tutela della salute: la disciplina del consenso informato, definito dalla Consulta quale *“espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico”* e configurato in termini di *“vero e proprio diritto della persona”* fondato sui principi sanciti negli artt. 2, 13 e 32 Cost., è riservata alla legislazione statale[30]. Ove il consenso informato rientrasse tra le materie d'intervento della legislazione concorrente regionale, il diritto fondamentale alla salute incorrerebbe nel rischio di ricevere trattamenti differenziati sul territorio nazionale. A tal proposito, si ricordi che, proprio al fine di evitare tale pericolo, l'art. 117 Cost. attribuisce allo Stato il compito di determinare *“i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”*.

2.2 Il riconoscimento del diritto alla salute nello spazio sovranazionale

Il diritto alla salute è contemplato in molteplici fonti di diritto internazionale: da un lato, esso è configurato come fondamentale, dall'altro, risulta indispensabile per l'effettività di ulteriori diritti umani. Il diritto in questione è oggetto trova iniziale menzione nel preambolo della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Salute, che ammette il diritto fondamentale al godimento *“del più elevato standard di salute possibile”*, a sua volta definita come *“stato completo di benessere fisico, mentale e sociale e non semplice assenza di malattia o infermità”*[31]. Parallelamente all'entrata in vigore della Costituzione dell'OMS, la tutela della salute è consacrata dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nella conseguente Dichiarazione americana dei diritti e doveri

dell'uomo. La prima non prevede espressamente un diritto umano alla salute; essa prescrive il *“diritto ad un tenore di vita sufficiente ad assicurare salute e benessere”*, dando priorità all'accesso alle cure mediche e agli altri fattori vitali per la salute ed il benessere, tra cui l'abitazione, i servizi sociali, l'alimentazione ed il vestiario[32].

La Dichiarazione americana, invece, dichiara che ogni individuo ha diritto alla salvaguardia della salute attraverso idonei interventi sanitari e sociali che lo Stato deve attuare, in conformità alle risorse pubbliche accessibili, al fine di assicurare cibo, vestiario, alloggio ed assistenza medica[33]. Occorre evidenziare che, il diritto alla salute è citato in vari accordi internazionali, comprese le convenzioni sui diritti dell'uomo a carattere generale, le convenzioni riservate ai diritti di categorie di soggetti vulnerabili, e a determinati regimi convenzionali[34]. Con riguardo alle Convenzioni universali, il diritto in esame è sancito nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e in altre rilevanti convenzioni facenti parte dello scenario ONU, tra cui la Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne[35], la Convenzione sui diritti delle persone disabili[36], la Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie[37], e la più nota Convenzione sui diritti del fanciullo[38].

Come le Convenzioni, anche gli accordi regionali risultano plurimi. In tale quadro, si colloca la Carta sociale europea[39], il Protocollo addizionale alla Convenzione interamericana sui diritti dell'uomo relativo ai diritti economici, sociali e culturali[40], la Convenzione interamericana sui diritti delle persone anziane[41], la Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e il suo Protocollo sui diritti delle donne in Africa[42], la Carta africana sui diritti e il benessere del fanciullo e la Carta araba dei diritti dell'uomo[43].

Alla luce di tale quadro, emerge come la pluralità e l'inevitabile sovrapposizione dei differenti regimi convenzionali applicabili – universali/regionali, generali/settoriali – abbinate alla mancanza di univocità nella formulazione del diritto alla salute, conducano alla concezione di una tutela internazionale “a geometria variabile”, che stona con l'esigenza di assicurare la realizzazione di un diritto universale[44]. Al pari della dimensione nazionale, anche nel campo internazionale il diritto alla salute risulta associato ad altri diritti espressi in Atti stipulati tra gli Stati[45]. Questi ultimi si rivelano, in base alle circostanze, o paralleli (diritto alla vita), o presupposti (diritto all'alimentazione) o consequenziali (diritto ad un'appropriata educazione sanitaria) rispetto al diritto alla salute[46]. In ambito internazionale, l'attuazione del diritto alla salute è verificata dagli Istituti specializzati dell'ONU attraverso il ricorso a quattro parametri: la disponibilità, l'accessibilità, l'accettabilità e la qualità dell'organizzazione sanitaria.

3. Tra la vita e la coscienza: il caso Welby

Il primo vero dibattito pubblico in tema di fine vita si è avuto in occasione di una vicenda

nota non soltanto alla cronaca, ma anche al panorama giuridico: il c.d. caso Welby. Tale caso prende le mosse dalla richiesta di un individuo malato di distrofia muscolare fin da giovane, intubato a causa di una crisi respiratoria, nonostante la sua contrarietà. A fronte della celere evoluzione della sua malattia, l'uomo giunse a richiedere il distacco del ventilatore artificiale attraverso un primo ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, in seguito al netto rifiuto del proprio medico di procedere a quanto invocato dall'assistito. In tale circostanza[47], il Tribunale di Roma, da una parte, statuiva che *“il principio dell'autodeterminazione e del consenso informato è una grande conquista civile delle società culturalmente evolute”*, dall'altra, lamentava che, per il trattamento terapeutico salva-vita, l'ordinamento giuridico italiano

“non prevede nessuna disciplina specifica sull'ordinamento del rapporto medico-paziente e sulla condotta del medico ai fini dell'attuazione pratica del principio di autodeterminazione per la fase finale della vita umana, allorché la richiesta riguardi il rifiuto o l'interruzione di trattamenti medici di mantenimento in vita del paziente”.

Il ricorso avanzato da Piergiorgio Welby venne dichiarato inammissibile dal Tribunale di Roma[48]. Tenuto conto dell'aggravamento del proprio stato di salute, il soggetto in questione decise di contattare un altro medico. Qualche giorno dopo, Welby moriva con l'intervento sedativo del secondo medico. Nei confronti di quest'ultimo, venne aperto sia un procedimento per verificare la presenza dei presupposti in ordine ad un'azione disciplinare, sia un procedimento penale. Per quanto concerne il primo, la Commissione disciplinare dell'Ordine provinciale dei medici chirurgici e odontoiatri della città di Cremona aveva richiesto l'archiviazione del caso, sulla base di un'esplicita volontà del paziente circa la cessazione della cura in corso, aggiungendo che la sedazione era *“in linea con i normali protocolli”*. Con riguardo al secondo, la Procura della Repubblica di Roma valutava di archiviare il caso solo ove la consulenza del collegio medico-legale avesse escluso l'esistenza del nesso causale tra la morte dell'individuo e la sedazione. Una volta rigettata la richiesta di archiviazione, il Giudice per le indagini preliminari ha iscritto il nome dell'anestesista come indagato per omicidio dell'uomo consenziente. In seguito, il Giudice dell'udienza preliminare ha dichiarato il non luogo a procedere *ex art. 425 c.p.p.* statuendo che il fatto, pur integrando nei suoi elementi la fattispecie di cui all'*art. 579 c.p.*, non poteva essere punito in ragione della sussistenza della scriminante dell'adempimento di un dovere. Nella sentenza del Tribunale di Roma[49] si ricava che *“la condotta di colui che rifiuta una terapia salvavita costituisce l'esercizio di un diritto soggettivo”* e l'andare avanti comporta l'adempimento di un *“dovere giuridico che ne scrimina l'illiceità della condotta causativa della morte altrui”*; si valuta, altresì, di *“ridisegnare, mediante l'intervento del legislatore, i limiti della fattispecie di cui all'art. 579 c.p.”*, al fine di escludere

“esplicitamente l'ipotesi del medico che, ottemperando la volontà del paziente,

cagioni la morte di quest'ultimo, mentre una previsione incriminatrice così ampia ingloba necessariamente anche questo caso”.

In virtù dell'importanza assunta dalla suddetta pronuncia, appare opportuno soffermarsi sui tratti principali. In primo luogo, si riscontra, nella motivazione della pronuncia, una particolare attenzione riservata dal giudice al vissuto e alla volontà dell'individuo. In secondo luogo, la sentenza si sofferma sul ricorso presentato da Welby per conseguire il distacco dal polmone meccanico, affermando che, un principio costituzionale, quale quello dell'autodeterminazione terapeutica, non può rimanere inattuato in ragione dell'esistenza di norme di rango inferiore di contenuto contrario, poiché si incorrerebbe *“in una palese violazione dei principi che presiedono alla disciplina della gerarchia delle fonti”*.^[50] Tale pronuncia, altresì, delinea i due presupposti richiesti al titolare per la sospensione delle terapie: la dichiarazione ad un operatore sanitario competente ed il consenso qualificato del paziente.

Con riguardo al primo, si tratta del medico con il quale il proponente perviene ad un accordo terapeutico, a cui spetta il compito di informare il paziente delle conseguenze scaturenti dalla volontà dello stesso. Per quanto concerne il consenso, il giudice sostiene che il rifiuto debba essere personale, informato, autentico, reale ed attuale. Dal quadro appena delineato emerge che, il problema principale non consiste tanto nell'esigenza di colmare una lacuna normativa, quanto invece nella necessità di un equilibrio tra la volontà del paziente e la rilevanza della competenza medica rispetto al caso clinico. A tale bilanciamento, si perviene mediante un rapporto comunicativo tra medico e paziente, che nel caso in esame è mancato^[51]. L'attenzione alla dolorosa vicenda di Welby previene la ricostruzione della vicenda in termini di suicidio assistito reputata “fuori luogo” innanzi alla presa d'atto di un decesso imminente^[52].

4. Una fine preannunciata: il caso Englaro

Il caso di Eluana Englaro, oltre a coinvolgere l'opinione pubblica, ha animato il dibattito sul delicato tema del fine vita. Come precisato da una parte della dottrina^[53], si tratta di un “grande caso costituzionale”, che esorta a meditare sui principi fondamentali del costituzionalismo: la garanzia dei diritti, la separazione dei poteri, il rapporto tra il diritto e la legge, tra il diritto e la morale. Il caso in esame è stato oggetto di dieci provvedimenti dei giudici civili, di cui tre emessi dalla Cassazione e uno dalla Corte costituzionale. Prima di delineare gli aspetti cruciali di tale vicenda, appare indispensabile ricostruire il fatto. Nel 1992, Eluana Englaro, in seguito ad un incidente stradale che le aveva causato un gravissimo trauma cranicoencefalico, entrava prima in una condizione di coma profondo, e più avanti, in un persistente stato vegetativo, con conseguente perdita di ogni facoltà psichica superiore. La travagliata vicenda giudiziaria prese avvio con la presentazione di un'istanza al Tribunale di Lecco, da parte del padre della donna designato tutore della figlia

ormai in stato vegetativo permanente, tramite la quale si chiedeva al giudice di interrompere le cure che consentivano di protrarre lo stato vegetativo, fatta eccezione per la somministrazione dei farmaci relativi all'epilessia e quelli eventualmente necessari per i segni del disagio fisico imputabile alla carenza di liquidi.

La richiesta del padre si basava sulla circostanza che la figlia in precedenza aveva espresso la volontà di non essere tenuta in condizioni simili. Il Tribunale di Lecco dichiarava inammissibile il ricorso, in quanto giudicato in netto contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento, ed in particolare, con l'art. 2 Cost. che tutela il diritto alla vita come primo tra tutti i diritti inviolabili dell'uomo, ed in osservanza dell'art. 579 c.p. che riafferma l'indisponibilità del predetto diritto punendo anche l'omicidio del consenziente[54]. Il tutore decise di impugnare tale provvedimento presso la Corte di Milano che, pur rigettando il ricorso, diede una diversa motivazione rappresentata dalla piena incertezza sulla qualificazione scientifica della nutrizione e idratazione artificiale[55]. Nel 2002, il Tribunale di Lecco rigettò, ancora una volta, il ricorso del tutore, posizionando nuovamente la vicenda sul piano della compatibilità della richiesta di interruzione delle cure da parte del tutore dell'interdetto con l'ordinamento giuridico. Chiamata di nuovo a decidere in sede di reclamo sullo stesso caso, la Corte di Milano rigettò la richiesta del tutore invitando il legislatore ordinario a rilevare e predisporre degli strumenti appropriati per l'efficace tutela della persona ed il rispetto del suo diritto di autodeterminazione,

“prevedendo una verifica rigorosa da parte dell'autorità giudiziaria della sussistenza di manifestazioni di direttive anticipate”[56].

In seguito, la Corte di Cassazione dichiarò inammissibile il ricorso proposto dal tutore contro il decreto di rigetto della Corte d'Appello di Milano[57]. In tale occasione, la Suprema Corte si soffermò sui limiti del potere di cura riservato al padre della donna, ritenendo indispensabile la nomina di un curatore speciale. Una volta ottenuta tale nomina, egli instaurò un terzo procedimento, basato sulla volontà pregressa dell'incapace; il ricorso fu dichiarato inammissibile ritenendo che il tutore non fosse legittimato, neppure con l'assenso del curatore speciale, ad assumere scelte al posto o nell'interesse di Eluana in materia di diritti e “atti personalissimi”. Un piccolo spiraglio di luce si intravide nella pronuncia della Corte di Appello di Milano[58] che ridisegnò in parte in provvedimento reputando ammissibile il ricorso in ragione del generale potere di cura della persona incombente al rappresentante legale dell'incapace. Tuttavia, il ricorso fu comunque rigettato nel merito dalla Corte d'Appello che non giudicava le idee espresse dalla donna, all'epoca in cui era completamente cosciente, idonee a valere anche nell'attualità come espressione di una volontà ferma di diniego dei trattamenti di sostegno. In particolare, dalle testimonianze rese da persone molto vicine alla donna, emerse che quest'ultima, in occasione dell'incidente stradale di un suo amico entrato in coma, avesse affermato che *“quella non poteva considerarsi vita”*[59].

L'inversione di rotta si ebbe solo nel 2007 mediante una pronuncia chiave[60] della Suprema Corte che, accogliendo il ricorso presentato dal padre della donna, cassò con rinvio il decreto della Corte di Appello di Milano. Il percorso argomentativo della Cassazione parte dal presupposto che il principio di autodeterminazione, del quale il consenso informato costituisce una delle sue proiezioni applicative, è ormai considerato la base e la legittimazione dell'attività sanitaria[61].

La Suprema Corte, dunque, finisce per accordare al soggetto che versa in condizioni critiche la scelta di valutare i trattamenti terapeutici, e di conseguenza, accettare o rifiutare le cure. Tale ragionamento investe anche la persona priva di una stabile incapacità. La pronuncia della Cassazione rivolge particolare attenzione alla figura del tutore; essa, infatti, invoca l'art. 6, comma 3, della Convenzione di Oviedo, in relazione al quale l'intervento del medico sul paziente non può essere attuato senza l'autorizzazione del rappresentante legale o di altro soggetto abilitato dalla legge. La Suprema Corte condiziona l'interruzione delle cure alla sussistenza di due solide condizioni. La prima, avente carattere oggettivo, consiste nello stato vegetativo del paziente. In tal senso, la Cassazione puntualizza che, la terapia può essere sospesa nel momento in cui

“la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una vita fatta anche di percezione del mondo esterno; e sempre che tale condizione – tenendo conto della volontà espressa dall'interessato prima di cadere in tale stato ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dello stesso – sia incompatibile con la rappresentazione di sé sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e sia contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona”.

La seconda condizione, avente carattere soggettivo, attiene al rilascio della prova dalla quale deve emergere la volontà dell'incapace di sospendere le cure[62]. Nel 2008, la Corte d'Appello di Milano, in seguito ad un'accurata ricostruzione della vita e della personalità della donna, autorizzò l'interruzione del trattamento terapeutico[63]. Tale decisione fu impugnata in Cassazione[64] dal Pubblico Ministero; in tale occasione, le Sezioni Unite della Suprema Corte dichiararono inammissibile il ricorso per carenza di legittimazione da parte del P.M. presso la Corte di merito. L'iter giudiziario giunse al termine con la pronuncia del TAR che provvide ad annullare l'atto dell'amministrazione sanitaria regionale lombarda, intento ad impedire la sospensione del trattamento del paziente in stato vegetativo permanente[65].

Appare necessario segnalare il conflitto di attribuzione sollevato innanzi alla Corte

costituzionale dalle Camere del Parlamento avverso il provvedimento della Corte di Cassazione ed il decreto della Corte d'Appello di Milano. I ricorsi per conflitto di attribuzione sollevati dalla Camera dei Deputati e dal Senato della Repubblica furono prontamente dichiarati inammissibili[66].

5. Una lezione di vita: il caso Cappato

Il tema del fine vita ritorna prepotentemente sulla “scena” con il caso che vede protagonisti Fabiano Antonini e Marco Cappato. Il primo, diventato cieco e tetraplegico in seguito ad un incidente stradale, tenta di recuperare quelle condizioni di vita che gli avrebbero consentito un'esistenza dignitosa. Una volta preso atto della crudele realtà, l'uomo decide di porre fine alle proprie sofferenze fisiche e mentali. Per tale motivo, inizialmente, si rivolge al Presidente della Repubblica con un videomessaggio pubblico attraverso il quale richiede rispetto verso la propria scelta. In mancanza di risposta, l'uomo entra in contatto con l'associazione “Luca Cascioni”, ed in particolare con la figura di Marco Cappato, impegnato in prima linea per la lotta all'eutanasia. Quest'ultimo si assume la responsabilità di portare materialmente l'uomo in una clinica svizzera, permettendo così allo stesso di attuare la propria volontà. Con il caso in esame, emerge una mancanza di linearità in ordine alla distinzione tra aiuto ed istigazione al suicidio. Il radicale viene iscritto nel registro degli indagati da parte della Procura presso il Tribunale di Milano, che in origine chiede l'archiviazione della causa considerando legittima la condotta di Cappato; tuttavia, il GIP del Tribunale di Milano dispone l'archiviazione coatta per il reato[67] di cui all'art. 580 c.p. La Corte d'Assise di Milano[68] solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., sotto un duplice piano[69]. In primo luogo, l'autorità giudiziaria incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, dunque, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13 comma 1 e 117 Cost., in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[70].

In secondo luogo, la Corte d'Assise di Milano prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non influiscano sul processo deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione, per considerato contrasto con gli artt. 3, 13, 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost. Con l'ordinanza n. 207 del 2018, la Corte costituzionale[71] affronta la spinosa questione della compatibilità costituzionale del divieto di aiuto al suicidio ex art. 580 c.p.

La Consulta adotta una decisione formalmente processuale di rinvio del giudizio[72] ad una nuova udienza di discussione, al fine di offrire “*al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità*”.

Tuttavia, dalla pronuncia della Corte, si scorge che, in caso di inerzia del legislatore nei successivi undici mesi, seguirà una sentenza manipolativa, finalizzata a mettere un punto

definitivo alla delicata questione. La Corte però non condivide pienamente l'interpretazione del giudice rimettente. Dal diritto alla vita, tacitamente tutelato dall'art. 2 Cost. ed apertamente garantito dall'art. 8 della CEDU non scaturisce un'ampia libertà di scelta[73] circa la propria esistenza, né il diritto della persona a conseguire dallo Stato o da un terzo un sostegno a porre fine alla propria vita. La *ratio* della fattispecie incriminatrice dell'aiuto al suicidio risiede nella tutela dei soggetti più deboli e vulnerabili:

“essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere”.

La Corte costituzionale invoca la legge n. 219/2017 e osserva come quest'ultima disciplini vicende simili per il caso in cui la persona decida di lasciarsi morire sospendendo la terapia. Per quanto concerne i profili di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., la Consulta afferma che il valore fondamentale della vita non esclude l'obbligo di rispettare la scelta del soggetto di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione delle cure. Tali considerazioni permettono alla Corte costituzionale di definire il margine d'incompatibilità costituzionale[74] dell'art. 580 c.p. L'inerzia del legislatore costringe il Giudice delle Leggi ad attivarsi[75]. Nella sentenza n. 242 del 2019, la Consulta osserva che

“decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità”, considerato che “posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio”, in modo tale da “evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale”, principalmente “negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore”.

Con la predetta pronuncia, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

“nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da

una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente”.

La recente sentenza della Corte costituzionale desta scalpore, non tanto per le sue puntuali argomentazioni, quanto invece per un richiamo più attenuato alla dignità umana, rispetto ai numerosi riferimenti nella precedente ordinanza. Sotto tale profilo, una parte della dottrina[76] ravvisa in tale circostanza la volontà del legislatore costituzionale di scongiurare un ipotetico cortocircuito tra la nozione soggettiva patrocinata nell’ordinanza n. 207/2018 ed una lettura della dignità umana di matrice nettamente oggettiva rilevabile dal tenore della sentenza n. 141 del 2019 in tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione.

Appare necessario precisare che, con la sentenza n. 242 del 2019, la Corte costituzionale non ha inteso legittimare un diritto di morire, quanto incentivare la massima declinazione dell’autonomia decisionale del soggetto, in virtù della tutela della dignità umana. Alla luce di tale scenario, sembra opportuno parlare di un diritto alla piena dignità anche nel morire[77], piuttosto che di un diritto a morire con dignità.

6. L’incidenza del principio costituzionale di autodeterminazione in tema di fine vita

In genere, il principio costituzionale di autodeterminazione è posto alla base delle decisioni di fine vita. Si tratta di un concetto vitale, poiché invocato a favore della possibilità di rifiutare trattamenti terapeutici. Nel corso degli anni, la dottrina si è interrogata sulla presenza di limiti ragionevoli alla libertà dell’individuo di autodeterminarsi[78]. Una valida risposta è riscontrabile in tema di aborto. Di recente, il legislatore costituzionale ha inteso il diritto alla procreazione cosciente e responsabile come manifestazione del diritto di autodeterminazione della donna in relazione alla sua vita di madre. In considerazione di ciò, è stato accordato alla medesima il risarcimento[79], in assenza di informazione da parte del medico sullo stato di salute del feto, non essendo stata posta nelle condizioni di espletare il suo diritto di abortire, ledendo così la sua libertà di autodeterminazione. Nel suddetto caso, si assiste ad un conflitto tra il diritto di autodeterminazione della donna ed il diritto del concepito di nascere.

Oggi, si assiste ad una netta prevalenza del primo sul secondo. Tale ragionamento trova concretizzazione anche in tema di fine vita[80], fermo restando che, in quest’ultimo caso, il conflitto scaturirebbe tra diritti riferibili alla stessa persona. Per tale ragione, l’individuo avrebbe piena libertà di decisione in ordine alla priorità di valori che preferisce.

Come noto, il riconoscimento del diritto in esame è il frutto di un lungo processo giurisprudenziale. Il 16 dicembre 2006, il Tribunale di Roma rifiuta di riconoscere a Welby il diritto di autodeterminarsi con riferimento alla propria salute, negando l’autorizzazione al medico competente che avrebbe dovuto scollegare il respiratore artificiale. In virtù del

principio dell'indisponibilità del bene vita, siffatto diritto è considerato “non concretamente tutelato dall'ordinamento”. A distanza di un anno, nel caso Englaro, il giudice di legittimità acconsente al distacco dei trattamenti di idratazione e alimentazione in ragione del principio del consenso informato. In tale occasione, il principio in questione trova terreno fertile grazie ad un'estesa lettura del diritto alla salute.

La Cassazione statuisce, da un lato, che “*il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto e alla sua autodeterminazione*” e, dall'altro, che un trattamento sanitario obbligatorio presenta specifici limiti disegnati dall'art. 32 Cost. al di fuori dei quali la salute

“come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire”.

La concezione della salute come diritto di libertà permette di fronteggiare altre questioni in tema di fine vita. Nel 2016, il Tribunale di Cagliari[81] autorizza i medici a staccare il respiratore artificiale ad un individuo malato di SLA, giacchè il diritto all'autodeterminazione terapeutica

“come tutti i diritti di libertà, è evidentemente condizionato dalle convinzioni etiche proprie del titolare del diritto medesimo ed è altresì coerente con la nuova dimensione che oggi ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di benessere fisico e psichico, coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita e le relazioni con gli altri”.

Con la legge 22 dicembre 2017, n. 219, il diritto di autodeterminazione terapeutica ricomprende non solo il diritto di lasciarsi morire rigettando cure salvavita, ma anche quello di chiedere la sedazione palliativa profonda continua nell'ipotesi di “*prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte*”. Contestualmente all'approvazione della legge sopraindicata, la giurisprudenza costituzionale si è imbattuta nel caso Cappato. A tal proposito, occorre segnalare che, nella predetta vicenda, la Corte non si è distaccata dalla consolidata lettura che interpreta il diritto di autodeterminazione terapeutica associato al secondo comma dell'art. 32. Nel ragionamento della Corte, il diritto in questione continua a concentrarsi sul diritto al rifiuto di cure; l'apertura verso una forma di assistenza al suicidio non ha spinto[82] la Consulta a basare tali forme di autodeterminazione direttamente sullo statuto di libertà correlato al diritto alla salute, comprensivo anche del suo lato negativo. Il principio dell'autodeterminazione e del consenso informato è una conquista delle società democratiche. Nel corso degli anni, il rapporto tra medico e paziente è mutato; una corrente di pensiero ritiene che l'importanza assunta dal consenso informato abbia spostato il potere di scelta dal medico al paziente[83]. In tale senso, appare opportuno evidenziare che i

progressi della tecnologia non solo hanno consentito di rendere sempre più labile il confine tra la vita e la morte, ma hanno generato anche dei problemi sia giuridici che morali[84].

7. L'approdo al testamento biologico: una conquista italiana "solo" recente

L'espressione "testamento biologico" trae origine dal termine inglese "*living will*"[85] adottato, per la prima volta, da *Luis Kutner* nel suo contributo "*Due Process of Euthanasia: The living Will, A Proposal*" comparso nel 1969 nella rivista statunitense *Indiana Law Journal*. In Italia, invece, la suddetta locuzione è destinata a lasciare il posto ad ulteriori espressioni[86], in quanto ritenuta poco chiara dalla dottrina sul piano terminologico delle categorie del diritto. Tale strumento rinvia concettualmente al differente istituto del testamento *mortis causa* che, a prima vista, non sembra legato al tema in discorso, per vari motivi. In primo luogo, i due istituti si diversificano in base al presupposto: ai sensi dell'art. 587 c.p., "*il testamento è un atto con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse*"; mentre il testamento biologico è un negozio giuridico unilaterale *inter vivos* che riporta in anticipo le cure sanitarie da adottare nell'ipotesi di una propria impossibilità a riferire direttamente a causa di malattia o incapacità. In secondo luogo, gli istituti in esame si differenziano in ragione del contenuto dei rispettivi atti: le disposizioni testamentarie hanno principalmente carattere patrimoniale; mentre il testamento biologico racchiude la volontà dell'individuo circa le terapie da adottare in caso di incapacità, tale da richiedere necessariamente un intervento medico.

Sebbene i due istituti presentino nette divergenze, una parte della dottrina[87] reputa che il testamento esprima efficacemente la funzione del testamento biologico. Essa riprende il classico uso dell'istituto testamentario, chiamando in causa lo storico francese *Philippe Ariès*, secondo il quale

"dal XIII al XVIII secolo, il testamento è stato per ognuno il mezzo per esprimere, spesso in modo assai personale, i propri pensieri profondi, la propria fede religiosa, l'attaccamento alle cose, gli essere amati, a Dio, le decisioni prese per assicurarsi la salvezza dell'anima, il riposo del corpo"[88].

Sul piano concettuale, il testamento biologico potrebbe essere immaginato come una specie di diario, nel quale la persona riporta il proprio punto di vista. Tornando al contesto italiano, un intervento del legislatore avrebbe migliorato il rapporto medico-paziente: da un lato, assicurando a quest'ultimo il diritto a non essere estraniato nelle scelte relative alla propria esistenza; dall'altro, escludendo che il primo incorresse in responsabilità al momento dell'interruzione del trattamento terapeutico, pur in presenza della volontà del paziente.

La recente legge n. 219 del 2017, dunque, sana un enorme lacuna normativa. A differenza del precedente progetto, nella legge in discussione il ruolo del legislatore non entra in

contrasto con quello dei magistrati, ma si allinea alla giurisprudenza. La legge n. 219 del 2017 posiziona le norme sulle “disposizioni anticipate di trattamento” nel contesto di un rapporto terapeutico incentrato sul consenso, inteso come rapporto fiduciario in cui l’individuo esprime le proprie intenzioni in ordine alle cure sanitarie. In caso di futura incapacità, il legislatore accorda alla persona l’opportunità di comunicare *“le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari”*, e di designare un curatore che subentri, al posto dello stesso, nel rapporto terapeutico. Le disposizioni anticipate, dunque, costituiscono un valido mezzo che rafforza l’autonomia individuale ed il consenso informato nelle decisioni sanitarie.

Tuttavia, la legge n. 219/2017 non risulta priva di criticità. Una corrente di pensiero[89] reputa la suddetta disciplina superflua: il medico, infatti, poteva avvalersi della legge n. 38/2010 che prevede regole volte ad alleviare la sofferenza attraverso la terapia del dolore e la sedazione palliativa profonda. D’altro canto, in assenza di tale legge sarebbe stato comunque possibile manifestare disposizioni anticipate di trattamento ricorrendo all’istituto dell’amministrazione di sostegno.

Prima dell’entrata in vigore di tale legge, l’autodeterminazione della persona era già riconosciuta dal legislatore: essa poteva comunicare le proprie intenzioni stilando innanzi ad un avvocato o ad un notaio un biotestamento, nel quale riportare quali cure accettare o rifiutare. Una seconda voce[90] rileva nella disciplina in commento un’incongruità: il legislatore sembra vincolare l’attività di attuazione delle disposizioni anticipate di trattamento da parte del fiduciario e del medico[91], al rispetto della volontà della persona; al tempo stesso, la novella permette al medico, in accordo con il fiduciario, di disattendere, in tutto o in parte, le DAT,

“qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita”.

In tale scenario, ben si colloca il pensiero di *John Stuart Mill*, secondo il quale *“su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente, l’individuo è sovrano”*[92]

8. Conclusioni: tra ritardi ed inerzia affiora un’unica certezza

Nel corso degli anni, il Parlamento italiano ha rinviato talune questioni in ragione della loro spiccata sensibilità. In particolare, nell’ottica del legislatore il riconoscimento di nuovi diritti era intralciato da una società civile non ancora in grado di abbracciarne l’emersione, in quanto legata alle rigide concezioni del passato. Tra le questioni relegate dal legislatore rientra il tema del fine vita, nonché l’eutanasia, il suicidio assistito, il testamento biologico.

Occorre marcare che, non solo il Parlamento riteneva poco urgenti e vitali le suddette questioni, ma addirittura si tendeva a contrastare illa discussione; di conseguenza, nelle aule parlamentari non potevano affiorare né le tesi propizie né quelle ostili all'apertura delle pratiche eutanasiche.

Nonostante la resistenza del legislatore, la necessità di colmare un vuoto normativo in materia ha avviato il dibattito sulla legittimità di una legge sull'eutanasia. In tema di fine vita, il silenzio legislativo è percepito nel momento in cui il Giudice delle Leggi prospetta differenti soluzioni normative tutte compatibili con il dettato costituzionale. In tali casi, la Corte costituzionale si raffronta con “il potere discrezionale del legislatore” richiamato dall'art. 28[93] della legge 11 marzo 1953, n. 87. In tale senso, appare opportuno segnalare che il rapporto tra la Corte ed il Parlamento non è mai stato stabile; infatti, non sono mancati casi in cui la Corte ha sorpassato il principio sancito dall'art. 28 al fine di mettere fine ad una determinata questione.

I silenzi del legislatore si sono rivelati letali: ancora oggi persistono norme in contrasto con i principi costituzionali e *deficit* di tutela per i diritti dei cittadini. Una parte della dottrina sottolinea come i silenzi del Parlamento non possano essere considerati legittimi nel momento in cui provocano carenze di garanzie costituzionalmente riconosciute; tuttavia, la stessa avverte che

“non è però sempre agevole distinguere, in concreto, un silenzio legittimo, mantenuto nell'assenza di alcun obbligo di dare copertura normativa a un principio costituzionale, da un'inammissibile omissione”[94].

Diversamente dal panorama italiano, quello sovranazionale inizia ad interessarsi al tema del fine vita già verso la fine degli anni Novanta. La Corte di Strasburgo, al contrario della Corte costituzionale, ha pronunciato numerose decisioni aventi ad oggetto proprio il diritto a morire. La Corte Europea dei diritti dell'uomo si trova ad affrontare, per la prima volta, un caso di fine vita con la vicenda umana di *Ramón Sampeder*, attivista spagnolo affetto da una tetraplegia a seguito di lesioni irreversibili del midollo spinale causate da un grave incidente.

Fin dal 1993, egli aveva presentato presso diversi tribunali spagnoli la richiesta incentrata sul riconoscimento del suo diritto a morire in maniera dignitosa. Una volta subito il rigetto del ricorso di *amparo* presentato presso la Corte costituzionale spagnola e la dichiarata inammissibilità del ricorso da parte della Commissione del Consiglio d'Europa, l'individuo riprende l'*iter* chiedendo di non perseguire il medico che lo avrebbe aiutato a morire dignitosamente. Esaurite le vie del giudizio, Sampeder si presenta nuovamente innanzi alla Corte costituzionale con un ricorso individuale di *amparo* per lesione dei suoi diritti fondamentali, contestando che il diniego delle sue richieste comportava una lesione

profonda della dignità umana. In attesa della pronuncia della Corte costituzionale, il soggetto muore con l'ausilio di terzi rimasti ignoti. La cognata di Sampedro, Manuela Sanles Santes, manifesta la volontà di portare avanti il giudizio in qualità di terzo.

Tuttavia, la Corte dichiara l'estinzione del processo, negando alla donna la possibilità di proseguire nel giudizio; il Giudice delle Leggi ricorda che la continuazione dello stesso è consentita soltanto nei casi in cui si discuta di diritti personali degli eredi inerenti al loro stato civile, alla protezione della privacy, dell'immagine personale e familiare, o dell'onore.

A fronte di ciò, la ricorrente decide di adire la Corte EDU obiettando la violazione della Carta europea dei diritti fondamentali e dell'art. 2 della CEDU, non essendo stato riconosciuto all'uomo il diritto a morire in maniera dignitosa, speculare al diritto alla vita.

Senza entrare nel merito delle eccezioni sollevate dalla donna, la Corte Europea dei diritti dell'uomo dichiara inammissibile il ricorso per l'assenza, in capo alla stessa, della legittimazione a ricorrere non essendo essa vittima *ex art. 34 CEDU*. Nel caso *Diane Pretty*^[95] v. Regno Unito, la Corte EDU entra nel merito delle questioni relative al fine vita. Un passo in avanti è compiuto nel caso *Ernst Haas*^[96] v. Svizzera, nel quale la Corte riconosce che l'autodeterminazione comprende anche il diritto a scegliere come terminare la propria vita, ai sensi degli artt. 2 ed 8 CEDU. Tornando allo scenario italiano, un'inversione di rotta è ravvisabile sul piano dei diritti fondamentali. Nelle pronunce del Giudice delle Leggi si nasconde una visione soggettiva della dignità: quest'ultima, oltre a rappresentare un "dono" che spetta all'essere umano in quanto tale, costituisce un "traguardo" che si raggiunge tramite le azioni di ciascun individuo, "*per dare un senso e un significato alla propria vita*"^[97].

Una conquista importante considerato che la dignità umana non è altro che "il diritto dei diritti".