

Apr/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. Sacco Ginevri, A. De Lia, A. Massaro, A. Las Casas, A. Gusmai, C. Bologna, C. Napolitano, C. Troisi, C. Scognamiglio, E. Cersosimo, F. Cassibba, F. Bottalico, F. Vessia, F. Schiaffo, F. Longobucco, G. Dalia, G. Riccio, 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. Regasto, S. La Piscopia, S. Caruso, T. Greco

Comitato dei Revisori:

A. Mendola, A. Di Maio, D. Mendola, F. Cesareo, F. Prato, G. Pallotta, G. Fadda, G. Libutti, I. Valentino, I. Pussini, L. Leo, M. Avossa, M. Gangi, M. Bottino, O. Greco

Redazione:

- capo redattore I. Ferrara
- v.capo redattore M. Pace
- 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 - IL CONCETTO DI FAMIGLIA NELLA COSTITUZIONE: LA MANCANZA DI UNA DISCIPLINA ADEGUATA PER I NUOVI MODELLI DI FAMIGLIA

autore/i **Luana Leo**, pubblicato sabato 3 aprile 2021

2 - RICORSO IN CASSAZIONE PER MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE E I LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO

autore/i **Guidomaria De Cesare**, pubblicato sabato 10 aprile 2021

3 - LA GESTIONE DELL'IMPRESA E LA GOVERNANCE DEI TIPI SOCIETARI ALLA LUCE DEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

autore/i **Antonio Aprile**, pubblicato lunedì 12 aprile 2021

4 - LA RESPONSABILITÀ MEDICA E I DANNI DA PRATICHE SANITARIE INADEGUATE ALLA LUCE DELLA LEGGE GELLI-BIANCO

autore/i **Stefania Cici**, pubblicato giovedì 15 aprile 2021

5 - PER LA CONSULTA LA STEPCHILD ADOPTION È INADEGUATA A REALIZZARE L'INTERESSE DEI FIGLI NATI DA COPPIE DELLO STESSO SESSO

autore/i **Cristina Milano**, pubblicato martedì 20 aprile 2021

6 - IL VALORE DEL LAVORO TRA LA COSTITUZIONE E LE ULTIME RIFORME

autore/i **Luana Leo**, pubblicato venerdì 23 aprile 2021

7 - L'IMPEACHMENT NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE

autore/i **Saverio Regasto**, pubblicato lunedì 26 aprile 2021

8 - LA CONDIZIONE DELLO STRANIERO NELLA COSTITUZIONE ITALIANA: LA PARZIALE ATTUAZIONE DEI DIRITTI POLITICI E SOCIALI

autore/i **Luana Leo**, pubblicato venerdì 30 aprile 2021

IL CONCETTO DI FAMIGLIA NELLA COSTITUZIONE: LA MANCANZA DI UNA DISCIPLINA ADEGUATA PER I NUOVI MODELLI DI FAMIGLIA

Dall'entrata in vigore della Costituzione, la famiglia ha subito una serie di mutamenti, tali da trasformare lo stesso concetto, oltrepassare il modello patriarcale e fondare la nuova visione. Il presente saggio pone in luce le difficoltà incontrate dal legislatore in ordine al riconoscimento delle unioni civili e delle coppie di fatto. Un contributo determinante, infatti, è dato dalle fonti sovranazionali e dalla giurisprudenza, consapevoli della nuova realtà. Ferma restando la lontananza del diritto dalla realtà sociale, un intervento chiarificatore del legislatore risolverebbe talune questioni ancora poco chiare.

autore **Luana Leo**

Abstract ENG

Since the entry into force of the Constitution, the family has undergone a series of changes, such as to transform the same concept, go beyond the patriarchal model and found the new vision on the principles of solidarity and equality. This essay highlights the difficulties encountered by the national legislator with regard to the recognition of civil unions and de facto couples. A decisive contribution, in fact, is given by supranational sources and jurisprudence, aware of the new reality. Without prejudice to the remoteness of law from social reality, a clarifying intervention by the legislator would resolve some questions that are still unclear.

Sommario: 1. La famiglia come società naturale; 2. L'inquadramento costituzionale dei nuovi modelli familiari; 3. La regolamentazione normativa delle famiglie di fatto; 4. L'approdo alla legge n. 76/2017: ratio e criticità; 5. La filiazione omogenitoriale; 6. Il contributo contrastante della giurisprudenza in tema di trascrizione; 7. Profili comparatistici; 8. Rilievi conclusivi.

1. La famiglia come società naturale

Da sempre, la definizione di “famiglia” si presenta ostica. In Assemblea costituente, infatti, tale concetto fu uno dei più dibattuti e problematici.

L'intento primario dei giuristi incaricati di redigere la Costituzione fu quello di distaccarsi dalla tradizione funzionalista e prescrittiva imposta dallo Stato fascista.

Tale circostanza trova conferma sia nella volontà di consacrare la famiglia a livello costituzionale, sia nell'impronta laica conferita alla medesima.

Dallo studio preliminare assolto dalla Commissione Forti, affiora l'inquadramento civilistico della famiglia in ulteriori realtà.

A tal proposito, appare opportuno specificare che i Padri Costituenti non codificarono l'assetto civilistico della famiglia vigente nel periodo prerepubblicano: essi si limitarono a prendere atto dell'evoluzione dell'istituto in esame introducendo una visione astratta ed insuperabile. Il riferimento ai lavori preparatori delle previsioni costituzionali in materia di famiglia permette di comprendere al meglio quanto appena sostenuto.

Nel 1946, nel corso di una discussione sul progetto preparatorio della Costituzione, Aldo Moro tenne a precisare un aspetto: *“dichiarando che la famiglia è una società naturale, si intende stabilire che la famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale, quando interviene, si trova di fronte ad una realtà che non può menomare né mutare; inoltre, quando si parla di società naturale si ammette quasi sempre l'esistenza di un vincolo di carattere religioso e giuridico il quale consacri l'unità organica della famiglia”* [\[1\]](#).

Con tale precisazione, Moro pose in risalto il nesso tra la qualificazione di famiglia come società naturale ed il suo fondamento in un istituto tipico del diritto positivo, come la famiglia.

Tuttavia, la decisione di inserire la famiglia nella Costituzione Repubblicana non fu assunta all'unanimità dall'Assemblea costituente, dal momento che taluni esponenti non avvertivano la necessità di riconoscere importanza all'istituto, trattandosi di una materia di competenza civilistica.

Il repubblicano Mazzei, il liberale Cortese ed i socialisti Cevolotto e Rullo accolsero, infatti, l'ordine del giorno delineato dall'On. Vittorio Emanuele Orlando, incentrato sull'abolizione degli articoli relativi all'istituto in discussione, poiché sprovvisti di *“un effettivo contenuto normativo”*. Sebbene avesse richiamato l'attenzione di ingenti personalità, il suddetto ordine del giorno fu bocciato.

Occorre segnalare che, nel corso dei lavori della I e della II sottocommissione, il tema suscitò animate discussioni. In particolare, il dibattito si focalizzò intorno alla definizione di famiglia come *“società naturale fondata sul matrimonio”* e sul principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi.

Ciascuna sottocommissione dovette pronunciarsi sul tema in un'ottica differente: nella I sottocommissione, il dibattito si incentrò sui progetti presentati da Camillo Corsanego e

Nilde Iotti; nella II sottocommissione, invece, l'istituto familiare fu trattato sotto il profilo delle garanzie economiche e sociali, attraverso le relazioni di tre donne, Maria Federici, Teresa Noce e Angelina Merlin.

La famiglia disegnata dall'art. 29 Cost. si caratterizza per tre elementi: l'attribuzione al gruppo familiare di diritti; la qualificazione in termini di società naturale; la coesione concettuale tra la nozione di famiglia ed il matrimonio.

In tale sede, si ritiene necessario riporre l'attenzione sul secondo elemento, nonché l'identificazione della famiglia quale società naturale. A tale proposito, una parte della dottrina[2] si interroga sull'esistenza di un concetto "naturale" di famiglia, mettendo a punto due risposte.

La prima, di stampo psicologico, porta a qualificare la famiglia come "naturale" nel senso di appartenenza *"ai bisogni umani fondamentali, imprescindibili, legati alla società dell'uomo, alla sua riproduzione, alla sua effettività, al suo bisogno di riservatezza"*.

Ove si accogliesse la suddetta risposta, si porrebbe ad una nozione estesa di famiglia, tale da concepire l'art. 29 Cost. come *"una garanzia di autonomia, di autogoverno, ad un livello sociale minimo, di cui ognuno è padrone di individuare la fisionomia senza ingerenze dell'apparato pubblico"*.

Per tale motivo, appare necessario invocare la tradizione culturale, nonché quella concezione di famiglia che affonda le sue radici nel passato: la famiglia fondata sul matrimonio, quale patto indissolubile tra persone di sesso diverso e mirante alla riproduzione. In concreto, il matrimonio *"è il fondamento indefettibile della famiglia, sia nel senso che non v'è famiglia senza matrimonio, sia nel senso che col matrimonio viene fondata una società naturale che, come tale, ha necessariamente finalità e durata segnata dalla natura, del tutto sottratte alla volontà e disponibilità dei fondatori, com'è del resto di ogni atto di fondazione, una volta che la fondazione venga ad esistenza"*[3].

Tale riflessione equivale all'antica dicotomia tra interpretazione giusnaturalistica e interpretazione naturalistica. In base alla prima, la naturalità della famiglia si traduceva nell'immanenza e preesistenza; di conseguenza, i rapporti tra i componenti della medesima erano imperniati sulla tradizione e non subivano un'evoluzione storica.

Stando alla seconda, invece, l'aggettivo "naturale" indicava un limite di ingerenza dello Stato: si intendeva prevenire lo sfruttamento della famiglia per fini estranei. La prima interpretazione fu accolta dall'On. Corsanego[4], mentre la seconda dall'On. Iotti[5], la quale reputava necessario compiere *"uno svecchiamento e rinnovamento democratico della famiglia"*.

2. L'inquadramento costituzionale dei nuovi modelli familiari

È indiscutibile che la nozione di “famiglia” rientri tra quelle che, nel corso del tempo, hanno subito radicali trasformazioni.

Il diritto costituzionale della famiglia, infatti, è stato chiamato ad affrontare temi relegati all'epoca della stesura della Carta costituzionale, in quanto ritenuti poco rilevanti e lontani dalla c.d. famiglia legittima, ossia quella formata da individui uniti da vincolo coniugale e relativa prole.

L'insorgenza di “altre” famiglie ha creato dei problemi alle disposizioni costituzionali, costringendo così il legislatore a delineare una nuova nozione di famiglia.

In realtà, il giurista Carlo Esposito aveva aperto la strada al pluralismo sostenendo che l'espressione dell'art. 29, comma 1, Cost. non *“vuol definire in astratto la società familiare o imporre la teoria che solo dal matrimonio possa sorgere la famiglia. In maniera più concreta qui si stabilisce una preferenza della famiglia fondata sul matrimonio e si dichiara che solo i diritti di tale famiglia sono garantiti costituzionalmente”* [6].

Una corrente di pensiero [7] intravede nell'art. 30 Cost. la volontà di ammettere la presenza di una famiglia non incardinata sul matrimonio, bensì sulla filiazione, osservando che la norma sopracitata *“non si può limitare a regolare i rapporti isolati di ciascun genitore col figlio, ma necessariamente deve prendere in considerazione l'esistenza di un eventuale nucleo familiare di fatto, perché solo in questo modo i diritti del minore vengono garantiti nel modo più pieno”*.

Il riferimento all'art. 30 Cost. però non risulta determinante, in quanto attinente più al rapporto tra genitori e figli.

In particolare, il terzo comma dell'art. 30 Cost., nell'introdurre un limite alla tutela dei figli naturali, presuppone la sussistenza di una famiglia legittima; il primo comma della stessa norma, invece, esclude la famiglia formata dai soli conviventi.

Da ciò ne discende la necessità di richiamare previsioni costituzionali non intese in funzione della filiazione, al fine di vagliare la possibilità di conferire importanza alla famiglia di fatto.

Tale esigenza risulta essere assolta dall'art. 2 Cost., la quale è applicabile anche alla famiglia di fatto, concepita come formazione sociale a sé stante.

A tale proposito, appare opportuna una precisazione: la primitiva visione, che identificava le formazioni sociali con quelle prescritte e disciplinate dalla Costituzione, è stata superata, con l'intento di accogliere una concezione più aperta tesa a recepire formazioni sociali

“atipiche”.

In tale ottica, trova spazio il pensiero di Aldo Moro, per il quale *“uno Stato non è pienamente democratico se non è al servizio dell’uomo...se non è rispettoso di quelle formazioni sociali nelle quali esso integra la propria personalità”* [8].

Il principio racchiuso nella previsione in questione, secondo il quale l’ordinamento deve estendere tutte le sue potenzialità giuridiche e sociali per tutelare i diritti inviolabili dell’uomo (inteso sia come singolo sia integrato in una formazione sociale), ha apportato a livello costituzionale una carica dirompente puntando alla tutela della personalità dell’individuo vista in ogni sua sfaccettatura. In tale senso, un’autorevole dottrina ha definito l’art. 2 Cost. come *“matrice di tutte le libertà civili”* [9].

La famiglia di fatto, al pari della famiglia legittima, necessita di tutela.

Occorre però specificare che la questione della rilevanza giuridica della famiglia di fatto non è rimessa alla valutazione dei singoli, ma grava per intero sull’ordinamento; in tale direzione inducono sia l’art. 2 Cost., sia le modificazioni strutturali dei rapporti all’interno della famiglia tradizionale [10].

Al fine di risolvere il problema della tutela delle famiglie di fatto, è stato invocato il rispetto del principio di uguaglianza per conseguire l’estensione, in tutto o in parte, delle norme esplicitamente riservate alla famiglia legittima ad ulteriori forme di convivenza.

Tale intento è stato attuato tramite singole iniziative giudiziarie, sia per assicurare tutela alle famiglie di fatto, sia per evitare qualsiasi forma di discriminazione nei confronti di determinati legami affettivi.

Un aspetto interessante consiste nell’interrogarsi sul carattere dell’art. 29 Cost., ovvero se esso costituisca un privilegio da intendersi soltanto in positivo, o anche in negativo.

Una corrente di pensiero propende per la seconda opzione, osservando che

“la legge, non è solo certificazione della realtà, ma è altresì regola della medesima, e pertanto discipline che applicassero indiscriminatamente e tout court normative di tutela dei diritti della famiglia a situazioni diverse dal modello costituzionale di famiglia verrebbero a menomare la funzione della norma costituzionale” [11].

Un altro profilo interessante consiste nell’appurare se l’art. 29 Cost. dedicato alla famiglia conceda qualcosa di più rispetto all’art. 2 ovvero ne costituisca un’esplicazione.

Da una rapida lettura del dettato costituzionale emerge che l’art. 2 Cost. è finalizzato a

tutelare i diritti dei singoli nella formazione sociale, mentre l'art. 29 Cost. tutela i diritti della famiglia: da qui sorge la possibilità di considerare la famiglia in senso unitario.

Come riportato da una parte della dottrina, in tale parte l'art. 29 Cost. intende consacrare l'autonomia della famiglia rispetto allo Stato, in modo tale da slegarsi totalmente dalle politiche realizzate in età fascista.

Tali politiche erano incentrate sulla tutela della famiglia concepita come società fondamentale per il mantenimento dello Stato; di conseguenza, esse ignoravano l'idea di proteggere i diritti individuali dei componenti della stessa[12].

3. La regolamentazione normativa delle famiglie di fatto

Sul versante normativo, le famiglie di fatto risultano sprovviste di una disciplina completa ed esauriente.

Alla luce di ciò, una corrente di pensiero[13] ritiene opportuno partire dal dato posto a fondamento del suddetto modello familiare, ossia dalla libertà di scelta, che è assicurata agli individui, tra un connubio consacrato e formalizzato nel matrimonio e la costituzione di una famiglia sulla base di schemi atipici.

Di particolare rilevanza è l'art. 317-bis c.c.[14], inerente alla potestà parentale, il quale si traduceva nei seguenti termini: *“Se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi qualora siano conviventi. Se i genitori non convivono lo esercizio della potestà spetta al genitore col quale il figlio convive ovvero, se non convive con alcuno di essi, al primo che ha fatto il riconoscimento”*.

Sempre a livello civilistico, assumono spessore l'art. 433, che estende l'obbligo degli alimenti ai figli e ai genitori naturali, e l'art. 148, il quale prevedeva che, laddove i genitori risultassero privi di mezzi sufficienti per il mantenimento, l'istruzione e educazione dei figli, dovevano provvedervi gli ascendenti legittimi e naturali[15].

Si ricorda la legge 13 marzo 1968, n. 313, il cui art. 42 equipara, ai fini pensionistici, la donna convivente da almeno un anno con il militare deceduto a causa di guerra, alla moglie.

Sotto il profilo assistenziale, riveste spessore la legge 29 aprile 1975, n. 405, istitutiva dei consultori familiari, che riporta come destinataria del servizio di assistenza, la coppia, ricomprendendo anche la i conviventi *more uxorio*. In materia di edilizia residenziale pubblica, la legge 8 agosto 1977, n. 513, ammette tra gli appartenenti al nucleo familiare dell'assegnatario i conviventi in forma continuativa a qualunque titolo.

Sulla medesima linea, la legge 22 maggio 1978, n. 194, prevede la partecipazione dell'altro genitore nella procedura dell'interruzione volontaria della gravidanza; il generico

riferimento al “padre del concepito” comporta che il coinvolgimento a tale procedura è assicurata al genitore senza alcuna distinzione tra procreazione verificatasi nel corso del matrimonio oppure in condizione di convivenza di fatto ovvero in base ad una sporadica relazione sessuale.

In termini di assistenza ai minori, la legge 4 maggio 1983, n. 4, disciplinante l’istituto dell’affidamento minorile, all’art. 2, comma 1, prescrive che il minore privo di un ambiente familiare idoneo *“può essere affidato ad un'altra famiglia, possibilmente con figli minori, o ad una persona singola, o ad una comunità di tipo familiare, al fine di assicurargli il mantenimento, l'educazione e l'istruzione”*. Tale legge prescrive che, con riguardo all’adozione in casi particolari, in mancanza di opportune condizioni per l’affidamento preadottivo, essa è consentita *“anche a chi non è coniugato”* (art. 44, comma 3).

L’art. 4 del d.p.r. 30 maggio 1989, n. 233 *“Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente”*, stabilisce che *“agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune”*.

Come marcato in dottrina, la suddetta norma assume rilevanza pratica, se si considera che, in genere, il maggior intoppo che si pone al riconoscimento giuridico della libera unione è costituito dall’oggettiva difficoltà di rilevare il suo momento costitutivo, mancando un atto formale che ne accerti l’esistenza[16].

L’art. 17 della legge 17 febbraio 1992, n. 179, in ordine alle cooperative a proprietà condivisa, dispone che dopo gli eredi legittimi, il convivente prenda il posto del *de cuius* morto in seguito all’assegnazione dell’alloggio, laddove abbia coabitato per almeno due anni con lo stesso, in qualità di socio.

L’art. 8 della legge 23 febbraio 1999, n. 44, ammette un’elargizione a favore del convivente (per i delitti previsti dagli art. 3, 6 e 7), in caso di morte dell’altro, *“a condizione che la utilizzino in un'attività economica, ovvero in una libera arte o professione, anche al di fuori del territorio di residenza”*. In materia di trapianti di organi e tessuti, la legge 1°aprile 1999, n. 91, statuisce la necessità di concedere informazioni sulle opportunità terapeutiche ai soggetti in attesa di trapianto *“sulla natura e sulle circostanze del prelievo al coniuge non separato o al convivente more uxorio”*. (art. 3, comma 2).

La stessa legge, altresì, conferisce al coniuge non separato o al convivente *more uxorio* la possibilità di opporsi al prelievo di organi e tessuti, rispettando però il termine prescritto (art. 23, comma 2).

Con la legge 8 marzo 2000, n. 53, il legislatore italiano statuisce che *“la lavoratrice e il*

lavoratore hanno diritto ad un permesso retribuito di tre giorni lavorativi all'anno in caso di decesso o di documentata grave infermità del coniuge o di un parente entro il secondo grado o del convivente, purché la stabile convivenza con il lavoratore o la lavoratrice risulti da certificazione anagrafica” (art. 4, comma 1).

Particolare valenza riveste l'art. 342-*bis* c.c., introdotto dall'art. 2 legge 4 aprile 2001, n. 154, inerente alle misure contro la violenza nelle relazioni familiari, così come modificata dalla legge 6 novembre 2003, n. 304. In tale ambito, il legislatore nazionale parifica il convivente al coniuge, la cui condotta implica l'applicabilità dei provvedimenti *ex art.* 342-*ter* c.c., che estende ai conviventi le misure di protezione contro gli abusi familiari prescritte per i coniugi, allargando la tutela a ulteriori soggetti appartenenti allo stesso nucleo familiare.

La legge 9 gennaio 2004, n. 6, introduce interessanti novità in materia di amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione, incidendo sulle disposizioni civilistiche. Innanzitutto, l'art. 3 interviene sull'art. 408 c.c., in base al quale *“l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. In mancanza, ovvero in presenza di gravi motivi, il giudice tutelare può designare con decreto motivato un amministratore di sostegno diverso”*, aggiungendo che *“nella scelta, il giudice tutelare preferisce, ove possibile (...) la persona stabilmente convivente...”*.

Un altro intervento è attuato sull'art. 410 c.c., dal quale si ricava che *“l'amministratore di sostegno non è tenuto a continuare nello svolgimento dei suoi compiti oltre dieci anni, ad eccezione dei casi in cui tale incarico è rivestito dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dagli ascendenti o dai discendenti”*.

Sulla stessa onda, il successivo art. 411 c.c., il quale sancisce che *“sono in ogni caso valide le disposizioni testamentarie e le convenzioni in favore dell'amministratore di sostegno che sia parente entro il quarto grado del beneficiario, ovvero che sia coniuge o persona che sia stata chiamata alla funzione in quanto con lui stabilmente convivente”*.

Tale legge influisce anche sull'art. 417 c.c., stabilendo che l'interdizione e l'inabilitazione possono essere promosse *“dalla persona stabilmente convivente”* e sull'art. 426 c.c., che ammette la continuazione nella tutela dell'interdetto o curatela dell'inabilitato oltre i dieci anni, ove si tratti di persona stabilmente convivente.

Sotto il profilo penale, meritano menzione la legge 31 maggio 1965, n. 575, che prevede una dilazione delle indagini nei confronti degli individui conviventi con soggetti suscettibili di misure di prevenzione, nei cinque anni precedenti (art. 2-*bis*); la legge 26 luglio 1975, n. 354, che concede al detenuto permessi di uscita, in caso di pericolo di vita di vita non soltanto per un familiare, ma anche per il proprio convivente (art. 30); la legge 20 ottobre

1990, n. 302, che assicura al convivente il diritto di richiedere delle provvidenze, così come concordato in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata (art. 4); il D.L. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito in legge 15 marzo 1991, n. 8, modificata dalla legge 13 febbraio 2001, n. 45, che ammette l'applicazione di speciali misure di protezione “...anche a coloro che convivono stabilmente con le persone indicate nel comma 2” (art. 2, comma 5); l'art. 282-bis, c.p.p. introdotto dalla l. 4 aprile 2001, n. 154, che ammette la possibilità di ingiungere, a chi perpetra la violazione, il pagamento periodico di un assegno, da parte del giudice, in favore “...delle persone conviventi che, per effetto delle misura cautelare disposta, rimangono prive di adeguati mezzi”; l'art. 61, n. 11, c.p.p., che riporta l'aggravante della commissione del fatto con “...abuso di relazioni domestiche, ovvero (...) di coabitazione”; l'art. 199, comma 3, lett. a) che prevede la facoltà di astenersi dall'attuare deposizioni, sancita nei riguardi dei prossimi congiunti dell'imputato; infine, l'art. 681 c.p.p., relativo alla domanda di grazia da presentare al Capo dello Stato.

4. L'approdo alla legge n. 76/2017: ratio e criticità

Fino all'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016, n. 76, in Italia le unioni tra persone dello stesso sesso risultavano prive di un'adeguata tutela in ordine ad una serie di questioni relative ai rapporti di coppia.

Tuttavia, il problema reale consisteva nell'impossibilità di formalizzare il vincolo di affetto, il reciproco impegno di solidarietà e responsabilità. Da qui scaturisce la principale differenza tra coppie etero e omosessuali.

Al contrario delle prime, le coppie dello stesso sesso non potevano ottenere il riconoscimento giuridico della loro unione. Sul piano civilistico, la differenza di sesso tra i soggetti costituisce condizione necessaria per contrarre matrimonio.

La legge sopraindicata prende le mosse da un'inaccettabile violazione dei diritti fondamentali.

Essa si colloca in un contesto in cui l'apparato della famiglia è stata innovato dall'introduzione dello *status* unico di figlio che – eliminando le differenze di trattamento tra figli legittimi e figli naturali – ha favorito la procreazione, relegando così il vincolo coniugale.

Prima di analizzare la legge n. 76/2016, occorre evidenziare che la Corte costituzionale, più volte, ha invitato il legislatore ad introdurre una normativa che consentisse alle coppie dello stesso sesso di formalizzare la loro unione. In prima battuta, la Consulta^[17] ammette la valenza dell'unione omosessuale come formazione sociale costituzionalmente tutelata, specificando che

“per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione. In tale nozione è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l’aspirazione a tale riconoscimento possa essere realizzata soltanto attraverso un’equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”.

La Corte riprende il suddetto discorso in una vicenda[18] inerente al c.d. “divorzio imposto”, nella quale alla rettificazione di sesso di uno dei due coniugi seguiva la cessazione degli effetti del matrimonio. Il caso di specie ben si colloca in tale scenario: la rettificazione di sesso non viene ritenuta idonea a far declassare quel legittimo matrimonio a mera unione omosessuale, non essendoci equivalenza tra le due situazioni

“poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all’interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili”.

Le riflessioni della Corte costituzionale hanno posto in luce l’inerzia del legislatore nazionale.

In tale senso, occorre segnalare che il Parlamento ha affrontato, per la prima volta, la tematica delle Unioni civili nel 1986.

Poco dopo, è stata presentata la prima proposta di legge per il riconoscimento delle convivenze tra “persone”[19].

Nel corso degli anni Novanta, sono state avanzate diverse proposte di legge alla Camera e al Senato, mai giunte all’ordine del giorno dei lavori, su spinta dell’opposizione delle coalizioni cattoliche[20].

Nel 2007, è stato varato dal Consiglio dei ministri il testo del disegno di legge n. 1399, noto come DICO, mirante al riconoscimento, nell’ordinamento giuridico italiano, dei diritti e doveri scaturenti dai rapporti di convivenza registrati all’anagrafe[21].

Criticato da una parte della dottrina[22] e dalle forze cattoliche, il progetto di legge sopracitato si proponeva di garantire la parte debole del rapporto di convivenza, con conseguenti responsabilità conferite all’altra parte.

Il punto debole del suddetto progetto di legge consisteva nel tenere distinte la convivenza e l'istituto del matrimonio. In particolare, il legislatore intendeva regolamentare la situazione di fatto esistente tra due individui anziché un accordo tra gli stessi finalizzato ad usufruire delle previsioni della legge.

La proposta di legge escludeva coloro che convivevano senza rendere alcuna dichiarazione.

Da tale quadro ne discende una specie di tripartizione: il matrimonio, i DICO e le unioni di fatto. In dottrina, ci si è interrogati circa la disciplina a cui far riferimento per le convivenze di fatto, nell'ipotesi di approvazione della suddetta legge. Una corrente di pensiero ha messo a punto due soluzioni[23].

La prima consiste nel reputare la dichiarazione DICO alla stregua di un rovesciamento dell'onore della prova: in concreto, in caso di dichiarazione, la convivenza è presunta; viceversa, è indispensabile una prova in sede giudiziaria.

La seconda, invece, traccia una puntuale differenziazione tra diritti, riconoscendo quelli fondamentali ad ambedue le fattispecie e accordando gli altri esclusivamente ai DICO.

A seguito di un estremo e travagliato *iter* parlamentare, il 5 giugno 2016 è entrata in vigore la legge 20 maggio 2016, n. 76, recante la disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e quella delle convivenze di fatto, omo o eteroaffettive.

Prima di procedere allo studio della suddetta disciplina, appare opportuno ricordare che, nel corso della XVII legislatura, la Commissione giustizia aveva provveduto ad esaminare numerosi disegni di legge di iniziativa parlamentare[24].

Nel lasso di tempo intercorso tra la presentazione della proposta Cirinnà e la definitiva approvazione della legge n. 76/2016, si è assistiti ad un intenso scontro tra le forze politiche.

La ferma resistenza dell'ala cattolica in ordine all'idea della regolamentazione delle unioni civili sul modello della disciplina codicistica riservata alla famiglia legittima spinse alla distinzione dell'unione civile dal matrimonio contratto da soggetti di sesso diverso.

Alla luce di tale quadro, il legislatore ha qualificato l'unione civile come “formazione sociale specifica”, con espresso riferimento all'art. 2 Cost., e non all'art. 29 Cost. dedicato alla famiglia legittima.

Il legislatore nazionale segue la strada tratteggiata dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo, secondo la quale le coppie omosessuali, non potendo accedere al matrimonio vero e proprio, vantano il diritto a contrarre una forma di

“unione civile” o di “unione registrata”, giacché “modo più appropriato per poter far riconoscere giuridicamente la loro relazione” e che, in aggiunta, “garantirebbe loro la relativa tutela – sotto forma di diritti fondamentali relativi a una coppia che ha una relazione stabile – senza ostacoli superflui” [25].

Un aspetto criticato in dottrina consiste nel richiamo all’art. 3 Cost., tale da condurre all’idea che, sino all’entrata in vigore della legge in questione, le coppie dello stesso sesso fossero soggette ad un trattamento ingiustificatamente discriminatorio, rispetto alle coppie eterosessuali [26].

La legge n. 76/2016 è caratterizzata da un unico articolo suddiviso in 69 commi.

La prima parte contempla la disciplina delle unioni civili (commi 1-35), destinata alle coppie formate da individui dello stesso sesso.

La seconda parte (commi 36-49) concerne le coppie c.d. di fatto (eterosessuali e omosessuali), le quali, pur instaurando rapporti analoghi a quelli sussistenti nel matrimonio, non esprimono alcuna volontà di formalizzarli. Infine, la terza ed ultima parte (comma 50 ss.) accorda alle coppie conviventi la possibilità di stipulare un accordo volto a regolamentare i rapporti patrimoniali della loro vita comune.

Dall’analisi complessiva della legge n. 76/2016 emerge innanzitutto il ricorso a prescrizioni che ricalcano le norme civilistiche inerenti alla disciplina del matrimonio.

In tale contesto, trovano spazio le disposizioni tese a regolamentare il regime degli impedimenti, quelle dedicate ai diritti e ai doveri derivanti dall’unione civile e la regola dettata in materia di annullamento del contratto per violenza.

Secondariamente, nella legge in esame si rilevano molteplici diretti richiami alle norme del Codice civile relative al vincolo matrimoniale. Infine, il legislatore – ed è questo il punto più interessante – provvede in soli due casi (artt. 86 e 124 c.c.) alla tempestiva modifica della normativa vigente, per il tramite di una clausola, inclusa nel comma 20, ove si enuncia che *“al solo fine di assicurare l’effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall’unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell’unione civile”*. Il legislatore tiene a precisare che tale clausola *“non si applica a alle norme del Codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla l. 4 maggio 1983, n. 184”*, sebbene permanga *“quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”*.

A tal proposito, una parte della dottrina[27] ritiene che il meccanismo incluso nella predetta norma, alla quale assegna la denominazione di “*clausola di effettività della tutela*”, imponga un raccordo con le regole del Codice civile espressamente richiamate nella legge in discussione, con l’intento di escludere dal suo ambito di applicazione tutte le altre, destinate a restare fuori dall’unione civile.

Sotto il profilo della costituzione dell’unione, i due soggetti – di età maggiorenne – devono prestare il loro consenso, in presenza di due testimoni, innanzi all’ufficiale di stato civile, il quale provvede alla registrazione dell’unione nell’archivio di stato civile. In tale sede, le due parti potranno scegliere se impiegare un cognome comune, ovvero se anteporre o posporre al cognome comune il proprio.

Un elemento peculiare consiste nella rapidità del procedimento, mancando la fase della pubblicazione e delle relative opposizioni.

Al pari del matrimonio tradizionale, la costituzione dell’unione civile è impedita dalle seguenti cause: la presenza di un vincolo matrimoniale o di un’unione civile; la sussistenza dei rapporti di parentela e affinità riportati nell’art. 87, comma 1, c.c.; l’interdizione per infermità di mente; la condanna definitiva di una delle parti per omicidio consumato o tentato nei confronti del coniuge o dell’unito civilmente dell’altra. Nella novella legislativa si rileva l’omesso richiamo all’errore su una “anomalia o deviazione sessuale”.

Tale assenza potrebbe essere imputata ad una banale dimenticanza; tuttavia, in dottrina[28] si ipotizza che essa mascheri l’identificazione dell’orientamento sessuale come “anomalia o deviazione sessuale”.

Sul versante patrimoniale, la suddetta legge riprende quasi interamente il modello codicistico dei rapporti patrimoniali tra coniugi.

Maggiori esigenze derivano dalla disciplina dei rapporti personali.

Gli uniti civili acquistano i medesimi diritti ed obblighi[29], fatta eccezione per l’obbligo di fedeltà e quello di collaborazione nell’interesse della famiglia.

In tale senso, una corrente di pensiero[30] riconduce l’omissione ad un pregiudizio verso le unioni omoaffettive; altra parte della dottrina[31], invece, imputa la predetta scelta alla *ratio* originaria dell’obbligo di fedeltà (la certezza della paternità).

A tal riguardo, vi è chi[32] sostiene che negare l’esistenza di un dovere di fedeltà all’interno delle unioni civili comporti non solo il contrasto con le dichiarazioni della Corte Europea dei diritti dell’uomo, ma anche la violazione del principio di uguaglianza. In sintonia con il matrimonio riconosciuto a livello costituzionale, anche l’unione civile si scioglie per morte

o dichiarazione di morte presunta.

All'unione civile si applicano talune cause di scioglimento indicate dall'art. 3 della legge n. 898/1970, tra cui la condanna per uno dei delitti prescritti o l'assoluzione da essi per infermità totale di mente o estinzione del reato.

L'unione civile, altresì, si scioglie nel caso in cui l'altro coniuge, cittadino straniero, abbia conseguito all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio ovvero abbia contratto all'estero nuovo matrimonio.

Rispetto alla normativa prevista per i coniugi, risulta piuttosto peculiare la disciplina dello scioglimento volontario.

Tale legge stabilisce che l'unione civile si scioglie *“quando le parti hanno manifestato, anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile”*, specificando che la domanda di scioglimento potrà essere avanzata decorsi tre mesi da quella manifestazione di volontà.

Nella disciplina delle unioni civili, dunque, non trova riscontro la fase di separazione.

Con la legge n. 76/2016, si è provveduto anche a mettere a punto una disciplina organica del fenomeno della convivenza[33].

Occorre precisare che, in precedenza, la convivenza aveva già conquistato un riconoscimento a livello legislativo, ma mai in un testo normativo interamente riservato a tale fenomeno.

La legge in esame definisce i “conviventi di fatto” come *“due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”*.

Pertanto, la disciplina dettata dalla suddetta legge non si applica a qualsiasi forma di convivenza, ma solo a quei rapporti per i quali ricorrano i presupposti prescritti in essa.

Emblematica è l'assenza nella definizione di convivenza di due vitali elementi costitutivi: la coabitazione e la comune residenza anagrafica.

La legge n. 76/2016, in ordine alla qualificazione della convivenza come rapporto di fatto, non ha apportato dei miglioramenti rispetto al passato.

Come osservato in dottrina[34], la mancanza di atti costitutivi con relative registrazioni e/o pubblicazioni potrebbe rendere non agevole la dimostrazione dell'esistenza del rapporto di

convivenza.

In tale senso, la legge del 2016 ha sancito che, ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4 e di cui all'art. 13, comma 1, lett. b) del regolamento di cui al D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223.

L'aspetto più interessante concerne il contratto di convivenza[35].

A tal proposito, occorre puntualizzare che, prima dell'entrata in vigore della legge in discussione, il contratto di convivenza era ammesso, giacché volto a perseguire interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Con tale legge, il contratto di convivenza è contraddistinto da propri requisiti formali e sostanziali. Dal punto di vista formale, il contratto deve essere redatto in *“forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico”*.

Quanto ai contenuti, nel contratto possono essere riportati: l'indicazione della residenza; le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo; il regime patrimoniale della comunione dei beni.

Lo scioglimento del contratto avviene per una delle seguenti cause: accordo delle parti; recesso unilaterale; matrimonio o unione civile tra un convivente ed altra persona; morte di uno dei contraenti.

La legge n. 76/2016 include il divieto di apporre termini e condizioni; in caso contrario, questi vengono ritenuti come non apposti. Infine, le cause di nullità risultano simili a quelle prescritte per il matrimonio. In termini generali, tale disciplina tende a creare confusione tra contratto di convivenza come accordo sulla costituzione di una vita comune e contratto di convivenza avente ad oggetto la regolamentazione dei rapporti intercorrenti tra le parti[36].

La scelta di confluire la disciplina della convivenza di fatto con quella dell'unione civile in un unico progetto di legge ha favorito la seconda, a danno della prima. Occorre però considerare che la richiesta sociale di disciplinare le unioni omosessuali ha un fondamento opposto rispetto all'esigenza sociale di regolamentare con una legge organica le conseguenze discendenti dalla convivenza.

Come osservato in dottrina[37], la prima implica la soppressione di qualsiasi distinzione fondata sull'orientamento sessuale, e di conseguenza, l'introduzione per le coppie formate

da persone dello stesso sesso di una disciplina legale includente diritti e doveri simili a quelli determinati per il matrimonio.

La seconda richiesta, invece, comporta il graduale allontanamento dal matrimonio, ma non la totale assenza di regolazione tipica del periodo napoleonico.

Una corrente di pensiero ritiene che le attuali norme in tema di “*relazioni sentimentali*” predispongano, sia per le coppie omosessuali che per coppie eterosessuali, una “*doppia tutela*”: La coppia, dunque, ha la facoltà di scegliere se confluire il proprio legame in un vincolo solido, attraverso il matrimonio o dell’unione civile *ex lege* n. 76/2016, o se invece limitarsi, a livello patrimoniale, ad assumere soltanto taluni obblighi mediante il contratto di convivenza[38].

In conclusione, la debole considerazione rivolta al fenomeno della convivenza di fatto si è tradotta in un impiego limitato dei contratti, soprattutto a causa delle numerose incertezze relative alle disposizioni patrimoniali da poter includere negli stessi[39].

5. La filiazione omogenitoriale

Da tempo, il termine “genitore” non coincide sempre con l’individuo che concepisce il figlio, ma anche con chi si presenta come madre/padre di un minore convivente.

Con l’espressione “*stepchild adoption*”, si intende legalizzare il rapporto tra il figlio ed il *partner* del genitore reale, in un solido contesto familiare.

L’ istituto in esame non è previsto dalla normativa nazionale: esso è introdotto tramite l’interpretazione giurisprudenziale del principio del *best interests of the child*.

Occorre precisare che la novella legislativa del 2016 mantiene le disposizioni di cui alla legge n. 184/1983 (“*quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*”).

A fronte di ciò, sembrerebbe che la legge in discussione abbia escluso la legalizzazione dei rapporti di filiazione nelle convivenze omosessuali, consentendo solo quanto prescritto dal Codice civile in tema di adozione del figlio maggiorenne.

Tuttavia, prima dell’approvazione della suddetta legge, la giurisprudenza aveva già accolto, invocando l’art. 44, comma 1, *lett. d)* l. n. 184/1983, la possibilità di adottare il figlio del convivente in presenza della condizione dell’impossibilità dell’affidamento preadottivo ed in mancanza di uno stato di abbandono[40].

Come già esposto, la spinta per il riconoscimento dei diritti e doveri omoparentali proviene dalla giurisprudenza europea e dalla normativa sovranazionale.

Nel celebre caso *Oliari and Others Vs Italia*, la Corte EDU sostiene che, malgrado gli Stati membri siano liberi di dilatare o meno la disciplina della CEDU in materia di adozione dei minori alle unioni matrimoniali tra persone del medesimo sesso o stabilmente vincolate da un accordo, non debbano però distinguere le coppie.

In tale senso, i giudici di Strasburgo hanno specificato come la condizione di fatto di una consolidata convivenza di coppia, in cui viva il figlio di uno di uno dei due *partner*, debba essere assicurata dal principio di autodeterminazione del singolo e dalla tutela concessa dall'art. 8 della CEDU.

La concezione della Corte EDU si opponeva alla via seguita dall'Austria, che aveva approvato una legge vietante l'adozione del minore da parte delle coppie omosessuali, partendo dal dato dell'orientamento sessuale dei genitori.

Da qui la netta contrarietà con le norme della CEDU (artt. 8 e 14) e della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (artt. 7 e 21).

Tornando allo scenario nazionale, il testo originario della legge in questione racchiudeva la disposizione sulla *stepchild adoption* (art. 5), stralciata al momento dell'approvazione del ddl. Cirinnà *bis*.

A tale proposito, appare opportuno segnalare che l'estensione di tale istituto ai componenti delle unioni civili non avrebbe riconosciuto la genitorialità omosessuale.

La suddetta previsione, infatti, mirava ad allargare ai membri dell'unione civile un diritto già accordato dall'ordinamento italiano alle coppie unite in matrimonio.

La disciplina in tema di adozione e di diritto del minore ad una famiglia prevede – accanto alle ipotesi di adozione piena o legittimante – l'adozione in “casi particolari”.

Entrando nello specifico, l'art. 44 legge n. 184/1983 (come modificata dalla legge n. 149/2001) stabilisce quattro specifici casi in cui il procedimento di adozione risulta snellito rispetto a quanto prescritto per l'adozione legittimante e tra i quali rientra l'ipotesi (*b*) in virtù della quale l'istanza di adozione è presentata dal “*dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge*”.

A livello legislativo, il rifiuto generale del meccanismo adottivo da un lato, e l'inciso che salva quanto acquisito e consentito in materia di adozione, dall'altro lato, svelano il proprio significato effettivo, e assieme i limiti: tendono ad introdurre nuove figure di soggetti legittimati all'adozione in casi particolari e ad aggirare la rigidità dell'adozione legittimante senza però offrire un diverso e positivo criterio al fine di permettere l'adozione da parte delle unioni civili^[41].

L'art. 44 lett. d) della legge n. 184/1983 costituisce il “ponte” tra *status* di figlio “*senza aggettivi*” e ambito familiare “*senza aggettivi*”, ponendosi come “*una “porta aperta” sui cambiamenti che la nostra società ci propone con una continuità ed una velocità cui il legislatore fatica a tenere dietro, ma cui il giudice minorile non può restare indifferente, se in ogni suo provvedimento deve, effettivamente, garantire l'interesse superiore del minore*”[\[42\]](#).

Un dato peculiare consiste nella dicotomia tra la disciplina delineata dal legislatore e quella rivista dalle corti: fino al 2007, l'adozione del figlio della controparte era ammessa soltanto per le coppie sposate; più tardi, il Tribunale per i minori di Milano e la Corte d'Appello di Firenze hanno provveduto ad estendere la *stepchild adoption* alle convivenze eterosessuali[\[43\]](#).

Tuttavia, una radicale svolta avviene con la decisione del Tribunale di Roma. Nel caso di specie, il giudice riscontra il superiore interesse del minore nella copertura giuridica di una situazione di fatto già esistente da anni, ossia nel permanere presso la propria famiglia di fatto, anche se rappresentata da conviventi *same sex*.

La suddetta pronuncia è stata poi avallata dalla Corte d'Appello, la quale riprendendo la giurisprudenza della Corte EDU, ha tenuto a sottolineare come “*la definizione del concetto di vita familiare deve essere fondamentalmente ancorata ai fatti, e non tanto basata su condizioni giuridiche, e che sono i rapporti, i legami, la convivenza, a meritare tutela*”.

Pertanto, se lo *status* di figlio “*senza aggettivo*”, coincide con la nozione di famiglia “*senza aggettivi*”, alla “*nuova*” famiglia di fatto si giustappone il nuovo concetto di figlio di fatto[\[44\]](#).

6. Il contributo contrastante della giurisprudenza in tema di trascrizione

Sino a pochi anni fa, il panorama giuridico restringeva la propria analisi all'accertamento della natura eterosessuale del matrimonio, considerando l'orientamento sessuale delle parti causa di inesistenza, o di invalidità, dell'unione contratta.

Con la pronuncia n. 138/2010 della Corte costituzionale, si è sviluppata una discussione sulle nozioni di “*famiglia*” e di “*matrimonio*”.

Allo stato attuale, risulta consolidata la prospettiva che riconosce alle coppie *same sex* le stesse forme di tutela spettanti al matrimonio.

Come già esposto, un ruolo di rilievo è stato assunto dal Consiglio d'Europa, che spesso ha sollecitato gli Stati membri a adottare misure volte a garantire dignità giuridica e sociale alle coppie formate da persone dello stesso sesso.

In tale contesto, trova margine la *“Relazione sulla tabella di marcia dell'Unione Europea contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere”* del 7 gennaio 2014, emanata dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento Europeo, in cui gli Stati vengono esortati a delineare normative interne che permettano alle coppie *same sex* di *“(...) godere del medesimo rispetto, dignità e protezione riconosciuti al resto della società”*.

In seguito, tale documento è stato affiancato dalla *“Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere”*, avente il fine di offrire delle linee guida alle istituzioni europee e agli Stati membri, in un'ottica di uguaglianza e di non discriminazione a beneficio di tutti i cittadini dell'Unione.

A partire dalla citata sentenza della Corte costituzionale del 2010, si è assistiti ad un crescente interesse della giurisprudenza interna verso il tema delle convivenze tra persone dello stesso sesso.

In particolare, gran parte dell'attenzione è stata rivolta alle questioni della trascrizione dei matrimoni *same sex* celebrati all'estero, dell'ottenimento del permesso di soggiorno per il compagno extracomunitario di cittadino italiano coniugatosi all'estero, del *“divorzio imposto”* e dell'istanza di pubblicazioni matrimoniali tra persone contraddistinte da identità di genere.

In tale senso, riveste spessore la sentenza 15 marzo 2012, n. 4184, della Corte di Cassazione, secondo la quale *“(...) l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende non più dalla loro inesistenza e neppure dalla loro invalidità ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano”*.

Sulla stessa linea interpretativa, il Tribunale di Grosseto, con l'ordinanza del 3 aprile 2014, statuisce che il matrimonio *same sex*, celebrato all'estero, possa essere trascritto nei Registri dello stato civile, reputandolo non contrario all'ordine pubblico, bensì valido e atto a produrre effetti giuridici.

Tuttavia, l'ordinanza del Tribunale di Grosseto viene annullata per vizi procedurali. Tale evento induce i Sindaci a procedere alle trascrizioni, innescando così un contenzioso giudiziario.

Significativa è la sentenza 12 febbraio – 9 marzo 2015, n. 3907 del Tar Lazio, tramite la quale la magistratura amministrativa accoglie i ricorsi aventi ad oggetto i provvedimenti del Prefetto di Roma diretti ad annullare le trascrizioni nel registro dello stato civile di matrimoni *same sex* contratti all'estero, e la conseguente circolare del Ministro dell'Interno

del 7 ottobre 2014 (che, come noto, pone un veto alla trascrizione, nei registri dello stato civile, dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, invitando i vari Sindaci a ritirare eventuali "direttive" di senso opposto, nonché a cancellare le trascrizioni illegittimamente attuate)[45].

In tale caso, il Tar Lazio riafferma l'intrascrivibilità degli atti di matrimonio tra coppie omosessuali, in ragione della "(...) loro inidoneità a produrre qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano", data l'omessa osservanza del criterio sostanziale della diversità di sesso delle parti.

Un apporto fondamentale è dato dalla sentenza 9 febbraio 2015, n. 2400, tramite la quale la Corte di Cassazione, pur avallando il rigetto della richiesta di pubblicazioni matrimoniali tra persone contraddistinte da identità di genere, precisa come all'unione omosessuale, quale stabile convivenza tra due individui dello stesso sesso, attenga il diritto fondamentale alla libera vita di una condizione di coppia. In tema di filiazione, la giurisprudenza ha dovuto affrontare due situazioni: la trascrivibilità nei registri dello stato civile dell'atto di nascita con due genitori dello stesso sesso e la trascrivibilità nei registri dello stato civile delle sentenze straniere di adozione a favore di coppie omosessuali.

Con riguardo alla prima, le coppie omosessuali ricorrono a tecniche di procreazione medicalmente assistita (nel caso di due donne) o alla gestazione per altri (nel caso di due uomini) in Paesi stranieri, e al rientro in Italia chiedono la trascrizione dell'atto di nascita dei loro figli nei registri dello stato civile. Con il decreto del 29 ottobre 2014, la Corte d'Appello di Torino dispone, per la prima volta, la trascrizione del certificato di nascita di un figlio nato da due donne in Spagna.

Tale coppia aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa: la madre italiana aveva trasferito il proprio ovulo alla madre spagnola che, dopo la fecondazione con seme proveniente da un donatore anonimo, aveva portato a termine la gravidanza.

A seguito del divorzio, il Tribunale di Barcellona aveva stabilito l'affidamento condiviso del figlio.

Al fine di portarlo con sé, la madre italiana aveva chiesto richiesto la trascrizione dell'atto di nascita del figlio alle autorità locali.

Il Tribunale di Torino, però, aveva rigettato la trascrizione, giacché in netto contrasto con l'ordine pubblico: la legge italiana, infatti, ritiene madre colei che partorisce il bambino, nel caso di specie madre spagnola.

La Corte di Appello respinge la decisione di primo grado, sostenendo che il massimo benessere del minore possa essere raggiunto solo permettendo al figlio di mantenere un

rapporto solido con entrambe le madri.

La Corte di Appello torinese, altresì, ha evidenziato che l'omessa trascrizione dell'atto determinerebbe un grave pregiudizio per il minore.

Sul punto, si è espressa anche la Corte di Cassazione, confermando la visione dei giudici di secondo grado non riscontrando ragioni contrarie alla trascrivibilità dell'atto di nascita.

Con tale decisione, la giurisprudenza compie un passo importante in materia di tutela dell'omogenitorialità: si assiste ad una riformulazione della nozione di "*ordine pubblico*", inteso quale "*ordine pubblico internazionale*".

Il giudice nazionale tenuto a vagliare la compatibilità con l'ordine pubblico di un atto straniero non deve accertare la conformità o la difformità della normativa straniera rispetto a quella interna, ma solo se esista un contrasto tra l'atto straniero e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, riscontrabili nella Costituzione, nei Trattati fondativi e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In tema di trascrizione dei certificati di nascita stranieri, meritano citazione altre tre decisioni.

Il Tribunale di Napoli, con sentenza dell'11 novembre 2016, sostiene che l'omessa trascrizione dell'atto turberebbe ingiustamente l'interesse del minore, data la presenza di un modello familiare adatto alla sua crescita.

La Corte di Appello di Trento, con ordinanza del 23 febbraio 2017, ammette, per la prima volta, la trascrizione di un certificato di nascita straniero inerenti a due padri ricorrenti alla gestazione.

La Corte precisa come l'assenza di un legame genetico tra i minori e il padre non ostacoli il riconoscimento di efficacia giuridica del provvedimento straniero, dovendosi escludere nell'ordinamento italiano la presenza "*di un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato*".

Di spessore è poi la sentenza 15 giugno 2017, n. 14878, nella quale la Cassazione ricostituisce la disciplina dell'omogenitorialità, sottolineando come la responsabilità genitoriale dipenda non più unicamente dallo stato biologico, ma anche dalla volontà di assumersi la stessa.

Per quanto concerne la trascrizione nei registri dello stato civile dei provvedimenti di adozione a favore delle coppie omosessuali, occorre partire dai decreti del 7 e dell'8 marzo 2017, tramite i quali il Tribunale di Firenze dispone la trascrizione di due sentenze incentrate sull'adozione piena di un minore da parte di una coppia di uomini, aventi cittadinanza italiana ma residenti altrove. Il Tribunale di Firenze associa tale fattispecie alla

previsione di cui all'art. 36, comma 4, della legge n. 184/1983, ai sensi del quale *“l'adozione pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione”*.

In maniera analoga, la Corte di Appello di Genova, nell'ordinanza dell'1° settembre 2017, inerente ad un'adozione “nazionale” estera, tenendo a specificare che l'adozione “nazionale” estera non è un'adozione internazionale, deve essere riconosciuta automaticamente.

La Corte di Appello tocca due punti fondamentali: il concetto di ordine pubblico, deve essere concepito nel senso ampio di ordine pubblico internazionale, e quello del *best interest of the child*.

Il legame tra essi è concretizzato dal Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 23 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

Il suddetto orientamento giurisprudenziale trova convalida in una pronuncia della Corte di Cassazione, secondo la quale la trascrizione di una sentenza a favore dell'adozione reciproca dei figli avuti mediante fecondazione eterologa non è contraria all'ordine pubblico.

In particolare, la Corte marca come il principio del superiore interesse del minore operi come un limite alla clausola di ordine pubblico^[46].

5. Profili comparatistici

In Europa non si registra un orientamento vincolante per tutti gli Stati membri in materia di famiglia di fatto.

Qualche passo in avanti è stato attuato con la Carta di Nizza (2000), al fine di tutelare le libere unioni, in ragione delle forme di discriminazioni esistenti all'interno degli Stati.

A seguito della Risoluzione del Parlamento europeo, che ha riconosciuto la pari dignità delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali, è stato richiamato^[47] sistematicamente il principio di non discriminazione sancito nella Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU).

Il riferimento normativo nella legislazione francese sulla famiglia di fatto è incluso nella legge 12 ottobre 1999, n. 944, c.d. PACS (Patto civile di solidarietà), che regola i rapporti

tra coppie non coniugate, anche omosessuali.

La legge sopraindicata consente alle coppie di redigere e sottoscrivere un contratto quadro, contenente la regolamentazione dei rapporti tra le stesse, depositarlo in cancelleria e iscriverlo in un apposito registro.

Sotto il profilo tecnico, emerge la complessità dell'istituto. A prescindere dalla creazione di uno stato civile parallelo a quello esistente dovuto all'introduzione di uno specifico registro, il vero problema attiene all'interpretazione di tutte le norme attinenti alla vita coniugale o la persona celibe.

Sul punto, il *Conseil constitutionnel*, dopo aver marcato la non incidenza del testo sul diritto delle persone e sulle questioni di *status*, ha sostenuto che la soluzione deve essere individuata caso per caso, in relazione all'oggetto del testo considerato[48].

Di recente, il *Conseil constitutionnel* ha avallato la costituzionalità del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso[49], affermando che, essendo riservata al legislatore la disciplina del matrimonio, le limitazioni legislative alla libertà coniugale possono essere ritenute incostituzionali soltanto nel caso in cui violino altri diritti o libertà costituzionalmente protetti.

Nel caso di specie, non ravvisando la violazione né del diritto di intraprendere una normale vita familiare né del principio di uguaglianza, le disparità di trattamento compiute dal legislatore vengono giustificate e ritenute insindacabili nel merito da parte dei giudici costituzionali[50].

Occorre segnalare che, a livello costituzionale, la nozione di famiglia non ha mai trovato terreno fertile.

Nelle precedenti carte costituzionali e in quella corrente del 1958, non si riscontra alcun riferimento ad essa.

Tuttavia, la nozione in questione affiora nel Preambolo della Costituzione del 1946, dal quale però non si ricava un'opportuna definizione, limitandosi a statuire che[51] “*la Nazione assicura all'individuo e alla famiglia le condizioni necessarie al loro sviluppo*”.

Il mancato richiamo dell'istituto familiare sul piano costituzionale ha comportato l'assegnazione della relativa disciplina al legislatore.

Appare opportuno precisare che la suddetta circostanza non ha impedito al *Conseil constitutionnel* di predisporre una tutela costituzionale del diritto di famiglia.

Con la legge 23 novembre 1998, la legislazione belga ha introdotto la disciplina sulle

coppie di fatto (sia etero che omosessuali) fondata sul principio contrattualistico in virtù del quale gli interessati possono regolare i loro rapporti tramite atto notarile, con il solo limite della non contrarietà delle clausole inserite all'ordine pubblico o al buon costume.

La legge sopramenzionata racchiude il contratto di coabitazione, intendendo con tale espressione la *“situazione di vita comune di due persone che abbiano fatto una dichiarazione ai sensi dell’art. 1476 c.c.”*.

Tale legge assume notevole rilevanza nel processo di riconoscimento giuridico dei diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Il dibattito in materia si è riaperto in ragione dei limiti manifestati dalla legge.

Nel 2001, il Consiglio dei ministri ha avanzato un progetto di legge^[52] ispirato alla radicale trasformazione del matrimonio, essendo visto e considerato il matrimonio nella società contemporanea *“come una relazione formale tra due persone, che ha come scopo principale la creazione di una comunità di vita stabile”*. Il progetto di legge si è poi tradotto nella legge 13 febbraio 2003, che ha modificato talune disposizioni del Codice civile.

Tale legge, riconoscendo il diritto delle coppie omosessuali di contrarre matrimonio, è stata dapprima assoggettata al giudizio preventivo del Consiglio di Stato e successivamente impugnata innanzi alla *Cour d’Arbitrage*. Il problema risiede nelle conclusioni^[53] a cui giungono le due Corti: mentre il *Conseil d’Etat*, nell’avviso n. {https/URL} *Cour d’Arbitrage*, con sentenza 20 ottobre 2004, n. 159, conferma la legittimità costituzionale della legge.

La sentenza del giudice costituzionale ha favorito il completamento del processo di riconoscimento dei diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso, aprendo la strada all’adozione.

Il 18 maggio 2006, il Parlamento belga ha approvato la legge relativa all’adozione da parte delle predette coppie, modificando il titolo VIII del Codice civile^[54].

In Spagna, la regolamentazione delle coppie di fatto trova un appoggio nel dettato costituzionale: l’art. 39 della Costituzione spagnola, infatti, statuisce che *“i pubblici poteri assicurano la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia”*, senza richiamare in forma esplicita la famiglia nucleare.

In tale senso, una parte della dottrina^[55] ritiene che, già nella fase precedente all’emanazione della legge del 2005, dottrina e giurisprudenza avrebbero potuto delineare criteri più stabili.

A differenza della Costituzione italiana, la quale con l'art. 29 ha attenuato la regolamentazione delle coppie di fatto, quella spagnola, non prevedendo alcun riferimento espresso alla famiglia, avrebbe dovuto semplificare l'opera dell'interprete.

Essa all'art. 39.1 discorre di *familia* e all'art. 32 di matrimonio, concedendo piena legittimità a tutte le comunità familiari che concorrono al libero sviluppo della personalità.

La costituzione di una famiglia, dunque, prescinde dalla contrazione del matrimonio. Come già accennato, la Costituzione italiana, all'art. 29 prescrive senza mezzi termini che *“la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”*, esiliando le situazioni giuridiche relative alla famiglia di fatto.

Dal confronto tra le due Costituzioni emerge chiaramente una maggiore apertura dell'ordinamento spagnolo ad unioni familiari diverse.

Un dato da chiarire concerne la legittimità costituzionale delle Regioni e delle Comunità autonome di intervenire in materia di unioni non matrimoniali.

In tale contesto, trova spazio l'art. 149.1.8 della Costituzione che riserva allo Stato la legislazione civile e, al contempo, attribuisce ai territori la conservazione, la modificazione e lo sviluppo del diritto civile “locale”.

I Parlamenti delle singole Comunità hanno legiferato sia sul Codice di famiglia, sia sulle unioni *more uxorio*.

In Italia, l'architettura costituzionale, all'art. 117, contempla materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato, quelle assegnate alla potestà legislativa concorrente e concede alle Regioni *“la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato”*.

Con riguardo alla disciplina della famiglia di fatto, essa atterrebbe alla materia dell'ordinamento civile, rientrando tra le competenze del legislatore statale. Tuttavia, appare opportuno segnalare che le Regioni sono intervenute in materie di competenza dello Stato[56].

Tornando alla normativa spagnola, la legge 1° luglio 2005, n. 13, ha introdotto in materia di famiglia di fatto principi senz'altro originali.

Una volta modificato l'art. 44, comma 2, del Codice civile, la legge in questione ha disposto che *“il matrimonio avrà gli stessi requisiti e gli stessi effetti anche quando entrambi i genitori siano dello stesso sesso”*.

Con tale legge, dunque, il matrimonio omosessuale è stato equiparato a quello religioso ed

eterosessuale.

Poco dopo, gran parte del Gruppo popolare presente nella *Cortes Generales* ha depositato un ricorso avente ad oggetto la declaratoria di incostituzionalità di tale legge.

Il *Tribunal Constitucional*, per giungere al dispositivo, delinea un'esauriente motivazione, invocando la giurisprudenza internazionale e taluni riferimenti di diritto comparato (salvo la sent. n. 138/2010 della Corte costituzionale e la sent. n. 121 del Tribunale costituzionale del Portogallo)[57].

Secondo il *Tribunal Constitucional*, la legge in discussione risulta essere conforme a Costituzione, non violando la garanzia costituzionale del matrimonio.

Tuttavia, la decisione non puntualizza se si è innanzi ad un diritto fondamentale o ad un diritto legale, ovvero se la Costituzione impone o permette il matrimonio.

Come osservato da una corrente di pensiero, il *Tribunal Constitucional* ha rifiutato un'interpretazione originalista, assegnando così alla futura giurisprudenza il compito di tracciare la differenza intercorrente tra interpretazione creativa ed interpretazione evolutiva[58].

Per quanto concerne il contesto sovranazionale, in particolare nella realtà americana, si riscontra la sussistenza di due tipi di disciplina riservati alla famiglia.

Il primo, legato al *Common Law Marriage*, è incentrato sulle convenzioni tra i *partners*, e dunque, presenta natura privatistica. Il secondo, avente natura legislativa, è basato sulla disciplina delle leggi dei vari Stati o di comunità più circoscritte.

Ai due tipi di unione sopracitati, si accosta la convivenza di fatto[59], a cui numerosi Stati hanno accordato ampia autonomia contrattuale e la possibilità di avvalersi di taluni benefici.

Nel 2002, *American Law Institute* ha stilato il noto "*Principles of the law of family dissolution*", imperniato sui diritti riconosciuti ai conviventi di fatto.

8. Rilievi conclusivi

Come già sancito, la Repubblica riconosce i diritti della famiglia, intesa come società naturale fondata sul matrimonio.

L'insorgenza di nuovi modelli familiari ha sbiadito la classica visione della famiglia incentrata sul matrimonio.

Da qui prende le mosse il discorso sulla presenza di un limite alla disgregazione della famiglia.

In particolare, si fa riferimento al riconoscimento verso una coppia *same sex* del diritto di essere genitore di un bambino nato da inseminazione eterologa, giustificando tale scelta alla luce del preminente interesse dello stesso.

La famiglia – a parere di chi scrive – è un concetto indeterminabile; di conseguenza, le varie declinazioni dell’istituto non possono essere disconosciute.

Tale circostanza, pur non trovando assoluto accoglimento, risulta posta in secondo piano. Il dibattito contemporaneo, infatti, è incentrato sulla fenomenologia della sessualità dell’uomo e della famiglia.

Il parametro del sesso quale paradigma di eguaglianza affiora non solo nell’ottica delle discriminazioni di genere tra uomo e donna, ma anche nei riguardi di coloro che mostrano un’identità sessuale “diversa” rispetto a quella c.d. “naturale”.

L’affermazione del diritto all’identità sessuale avviene su spinta della giurisprudenza costituzionale alla fine degli anni ’70[60].

Tuttavia, il riconoscimento dell’identità sessuale non innesca una riflessione sull’orientamento sessuale e sulle relazioni affettive *same sex*. Fino alla condanna della Corte EDU, l’Italia era uno dei pochi Stati dell’Unione Europea a non prevedere una normativa a tutela delle coppie omosessuali e delle coppie c.d. di fatto.

Alla luce di tale scenario, occorre interrogarsi su due fondamentali questioni. In primo luogo, se possano considerarsi maturi i tempi per una rivoluzione dell’istituzione familiare, nel senso di un’apertura definitiva verso nuovi modelli familiari senza estromissioni e discriminazioni in ragione dell’orientamento sessuale.

In secondo luogo, se sia consentita l’adozione di scelte ampiamente condivise.

La risposta a tali quesiti sembra essere favorevole. Come osservato[61] in dottrina, una varietà dei modelli e di obiettivi, anche nell’ambito delle unioni, trova terreno fertile nelle fonti sovranazionali.

L’art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE delinea una rilevante distinzione tra il “*diritto di sposarsi*” ed il “*diritto di costituire una famiglia*”.

Nel primo caso, le parti optano per uno “*statuto matrimoniale minimo*” sottraendosi agli obblighi derivanti dal matrimonio; nel secondo, invece, esse puntano ad uno “*statuto matrimoniale massimo*”, ossia al conseguimento dello *status* matrimoniale.

In campo sovranazionale, un contributo ingente è poi concesso anche dagli artt. 8 e 12 della Convenzione EDU.

Sebbene la situazione risulti migliorata rispetto al passato, permangono ancora talune questioni da risolvere. Attualmente, l'attenzione del contesto giuridico sembra essersi spostata sul tema della maternità surrogata.

A giudizio di chi scrive, il suddetto tema appare impossibile da risolvere in mancanza di una volontà seria del legislatore nazionale.

La stessa normativa sulle unioni civili presenta enormi lacune da colmare, con urgenza. Fino al giorno in cui l'idea di una nuova forma di genitorialità e di filiazione non troverà piena concretizzazione, tutte le altre questioni rimarranno sospese.

D'altro canto, Cicerone sosteneva che: *“familia est quasi seminarium rei publicae”*.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] A. C., I sottocommissione, resoconto sommario, seduta del 6 novembre 1946, in *Camera dei deputati*.
- [2] R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2001, 9-11.
- [3] F. SANTORO PASSARELLI, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 393-394.
- [4] A. C., I sottocommissione, On. Corsanego, *Relazione sulla famiglia*, in *nascitacostituzione.it*.
- [5] A. C., I sottocommissione, On. Iotti, *Relazione sulla famiglia*, in *fondazioneildeiotti.it*.
- [6] C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione Italiana (Saggi)*, Padova, 1954, 138.
- [7] G. FERRANDO, *Sul problema della "famiglia di fatto"*, in *Giur. merito*, n. 2, 1975, 134.
- [8] A. C., seduta del 13 marzo 1947, in *Camera dei deputati*.
- [9] P. BARILE, *Diritti dell'Uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 56.
- [10] S. ASPREA, *La famiglia di fatto*, Milano, 2003, 34.
- [11] R. BALDUZZI, *Il modello costituzionale italiano di famiglia e l'evoluzione dei rapporti sociali*, in *Jus-online*, n. 2, 2015, 15.
- [12] F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2, 2013, 5.
- [13] A. MASCIA, *Famiglia di fatto: riconoscimento e tutela*, Matelica, 2006, 41.
- [14] Oggi, art. 337-ter c.c. L'attuale art. 317-bis, invece, è dedicato ai rapporti con gli ascendenti.
- [15] Prima della modifica avvenuta con il d.lgs. 28 dicembre 2013, l'art. 148 recitava così: "I coniugi devono adempiere l'obbligazione prevista nell'articolo precedente in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo. Quando i genitori non hanno mezzi sufficienti (Cost. 30), gli altri ascendenti legittimi o naturali, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli (147, 324, 433)".
- [16] D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, Padova, 2007, 267.
- [17] Corte cost. sent. 15 aprile 2010, n. 138.
- [18] Corte cost. sent. 11 giugno 2014, n. 170.
- [19] PdL n. 2340, *Disciplina della famiglia di fatto*, 12 febbraio 1988. Nella relazione dalla suddetta proposta di legge, si evidenzia la nascita "di un nuovo modello di famiglia, non più fondato esclusivamente sul vincolo formale del matrimonio, ma piuttosto sul consenso e la solidarietà, liberamente posti in essere con l'intento di attuare una piena comunione di vita materiale e spirituale" (*Atti parlamentari*, in *Camera dei Deputati*).
- [20] In tale contesto, trova spazio la Risoluzione per la parità dei diritti degli omosessuali e delle lesbiche nella Comunità europea dell'8 febbraio del 1994, la quale "chiede alla Commissione di presentare una proposta di raccomandazione sulla parità di diritti per gli omosessuali", con l'intento di porre fine "agli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero a un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni".
- [21] Ai sensi dell'art. 1 del predetto disegno di legge: "Due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale, non legate da vincoli di matrimonio, parentela in linea retta entro il primo grado, affinità in linea retta entro il secondo grado, adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione di sostegno, sono titolari dei diritti, dei doveri e delle facoltà stabiliti dalla presente legge".
- [22] In particolare, G. GALUPPI, *Brevi note sulla proposta di legge relativa ai diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 4, 2007, 1930, osserva che "i DICO fungerebbero da piano inclinato per far scivolare un crescente numero di prudenti, di indecisi o semplicemente di pigri ed egocentrici verso una condizione esistenziale che promette, se sgradevole, vie di fuga più agevoli ed economiche del divorzio".
- [23] E. ROSSI, *La Costituzione e i DICO, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2008, 128-129.
- [24] Ddl n. 14 - Disciplina delle unioni civili, Senato, marzo 2013; ddl n. 197 - Modifica al codice civile in materia di disciplina del patto di convivenza Senato; ddl n. 239 - Introduzione nel codice civile del contratto di convivenza e solidarietà Senato, marzo 2013; ddl n. 314 - Disciplina dei diritti e dei doveri di reciprocità dei conviventi,

Senato, marzo 2013; ddl. n. 909 - Normativa sulle unioni civili e sulle unioni di mutuo aiuto, Senato, dicembre 2013; ddl n. 1211 - Modifiche al codice civile in materia di disciplina delle unioni civili e dei patti di convivenza, Senato; ddl n. 1231 - Unione civile tra persone dello stesso sesso, Senato, gennaio 2014; ddl n. 1316 - Disposizioni in materia di unioni civili Senato; ddl n. 1360 - Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, Senato; ddl n. 1745 - Testo unico dei diritti riconosciuti ai componenti di una unione di fatto, Senato, gennaio 2015; ddl. n. 1763 - Disposizioni in materia di istituzione del registro delle stabili convivenze, Senato, febbraio 2015.

[25] Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari ed altri c. Italia*, ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11.

[26] L. BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, vol. 7, 2016.

[27] R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 6.

[28] V. BARBA, *Unione civile e impugnazione per errore*, in *Dir. succ. fam.*, n. 2, 2016, 320.

[29] Ai sensi dell'art. 1, commi 11 e 12: "...Dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni. Le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato".

[30] F. Dell'ANNA MISURALE, *Unioni civili tra diritto e pregiudizio*, in *Giustizia civile.com*, n. 6, 2016, 12.

[31] F. GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge*, in *personaedanno.it*, 2016.

[32] F. BERTELLI, *L'obbligo reciproco di fedeltà nelle unioni civili*, in *Jus Civile*, n. 5, 2020, 1261.

[33] È fondamentale distinguere la convivenza dalla coabitazione. Sul punto, si veda U. ROMA, *Convivenza e Coabitazione*, Padova, 2005, 89.

[34] G. Rizzi, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, n. 1, 2017, 14.

[35] Secondo M. C. VENUTI, *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 4, 2016, 210, "il contratto di convivenza pare atteggiarsi come una sorta di patto di solidarietà, analogamente a quanto avviene, ad esempio, in Francia con il "pacte civil de solidarité" di cui agli artt. 515-1 e ss. del "Code civil", volto cioè a disciplinare in senso ampio e generale la vita in comune della coppia ("pour organiser leur vie commune")".

[36] G. FERRANDO, *Diritto di famiglia. Unioni civili e convivenze. Aggiornamento 2016.*, Torino, 2016, 15.

[37] L. LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni prima lettura*, in *Jus Civile*, n. 2, 2016, 93.

[38] M. MAZZUCCA, *Qualche riflessione su alcuni profili della legge n. 76 del 2016*, in *Ordines*, n. 1, 2016, 141.

[39] G. BRUNO, *La legge "Cirinnà" in materia di coppie di fatto ed i contratti di convivenza. Un'occasione spercata?*, in *AIAF*, n. 4, 2019.

[40] Cass. civ., sez. I, 13 gennaio 2017, n. 78.

[41] G. GALASSO, *Unione omoaffettiva e adozione*, in *Genius*, n. 1, 2017, 94.

[42] Trib. min. Roma, 30 dicembre 2015.

[43] Trib. min. Milano, 28 marzo 2007, n. 626; Corte App. Firenze, sez. minori, n. 1274.

[44] A. G. PARIS, *Unioni civili e filiazione: le grandi riforme del terzo millennio tra effettività e problematiche*, in *comparazionedirittocivile.it*, 2016, 17.

[45] In particolare, i provvedimenti sindacali non vengono considerati conformi al quadro normativo vigente, poiché "la disciplina dell'eventuale equiparazione dei matrimoni omosessuali a quelli celebrati tra persone di sesso diverso e la conseguente trascrizione di tali unioni nei registri dello stato civile rientrano nella competenza esclusiva del legislatore nazionale".

[46] Corte Cass. 31 maggio 2018, n. 14007.

[47] Ai sensi dell'art. 14 CEDU: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione".

[48] Cons. const. n. 99-419 DC del 9 novembre 1999.

[49] Cons. const. n. 2010-92 QPC del 28 gennaio 2011.

- [50] Sulla decisione del Conseil constitutionnel, si veda A. M. LECIS, *Le coppie di persone dello stesso sesso in Francia: dai Pacs alla sentenza sul mariage homosexuel*, in *IANUS*, n. 4, 2011, 226-234.
- [51] Preambolo Costituzione francese 1946, comma 10.
- [52] Loi 13 février 2003 *ouvrant le mariage à des personnes de meme sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, in *Moniteur Belge*, 28 febbraio 2003.
- [53] Sulle decisioni delle due Corti, si veda M. DICOSOLA, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Belgio tra diritto e società: l'apporto del legislatore, del Consiglio di Stato e della Cour d'Arbitrage*, in *IANUS*, n. 4, 2011, 68-79.
- [54] In particolare, l'art. 343 è stato emendato nella parte in cui prevedeva la necessità che gli adottanti fossero di sesso diverso.
- [55] V. ZAMBRANO, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, a cura di G. Autorino Stanzone, Vol. I, Torino, 2005, 155.
- [56] Sul punto, si veda la sentenza 6 novembre 2001, n. 352. Con tale pronuncia, la Corte costituzionale ha tenuto a precisare che "l'incidenza sulla competenza regionale del limite del diritto privato non opera però in modo assoluto, in quanto anche la disciplina dei rapporti privatistici può subire un qualche adattamento, ove questo risulti in stretta connessione con la materia di competenza regionale e risponda al criterio di ragionevolezza, che vale a soddisfare il rispetto del richiamato principio di eguaglianza".
- [57] Trib. Const. sent. 6 luglio 2012, n. 198. Per un approfondimento sulla sentenza, si veda L. CONTE, *Spagna: la sentenza del Tribunal Constitucional del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale, tra "polisemia" e normalizzazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012; A. ROMANO, *I voti particolari nella sentenza n. 198 del Tribunal Constitucional spagnolo tra approcci alla relazione affettiva e dinamiche dell'interpretazione costituzionale*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 3, 2013; R. IBRIDO, *"Ritorno alla comparazione". Note a margine della sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo sul matrimonio omosessuale*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 3, 2013;
- [58] U. ADAMO, *Il matrimonio omosessuale in Spagna dalla l. n. 13/2015 alla stc 198/2012*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2, 2013, 18.
- [59] Si ricordi che, l'affermazione dei *cohabitation contracts* è avvenuta nel 1978, in occasione della sentenza della Corte Suprema della California sul caso Marvin. Con riguardo alle unioni omosessuali, invece, risulta decisiva la pronuncia della Corte Suprema del Massachusetts (*Goodridge v Department of public Health*, 798 N.E. 2d 941), che dichiarò la netta contrarietà alla Costituzione dello Stato della legge che proibiva i matrimoni.
- [60] Corte cost., sent. n. 26 luglio 1979, n. 98; Corte cost., sent. 18 dicembre 1987, n. 561.
- [61] F. RINALDI, *Dinamiche evolutive in materia di diritti della famiglia nella giurisprudenza costituzionale e di merito, e nuove formazioni sociali*, in *Diritti fondamentali*, 2015, 18.

Bibliografia

- ADAMO U., *Il matrimonio omosessuale in Spagna dalla l. n. 13/2015 alla stc 198/2012*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2, 2013, 8;
- ASPREA S., *La famiglia di fatto*, i Milano, 2003, 34;
- BALDUZZI R., *Il modello costituzionale italiano di famiglia e l'evoluzione dei rapporti sociali*, in *Jus-online*, n. 2, 2015, 15;
- BALESTRA L., *Unioni civili e convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, vol. 7, 2016;
- BARBA V., *Unione civile e impugnazione per errore*, in *Dir. succ. fam.*, n. 2, 2016, 320;
- BARILE P., *Diritti dell'Uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 56;
- BERTELLI F., *L'obbligo reciproco di fedeltà nelle unioni civili*, in *Jus Civile*, n. 5, 2020, 1261;

- BIN R., *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, *Lavoro e diritto*, n. 1, 2001, 9-11;
- BIONDI F., *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2, 2013, 5;
- BRUNO G., *La legge "Cirinnà" in materia di coppie di fatto ed i contratti di convivenza. Un'occasione sprecata?*, in *AIAF*, n. 4, 2019;
- CAMPIONE R., *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 6;
- CONTE L., *Spagna: la sentenza del Tribunal Constitucional del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale, tra "polisemia" e normalizzazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012;
- DELL'ANNA MISURALE F., *Unioni civili tra diritto e pregiudizio*, in *Giustizia civile.com*, n. 6, 2016, 12;
- DICOSOLA M., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Belgio tra diritto e società: l'apporto del legislatore, del Consiglio di Stato e della Cour d'Arbitrage*, in *IANUS*, n. 4, 2011, 68-79;
- ESPOSITO C., *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione Italiana (Saggi)*, CEDAM, 1954, 138;
- FERRANDO G., *Sul problema della "famiglia di fatto"*, in *Giur. merito*, n. 2, 1975, 134;
- FERRANDO G., *Diritto di famiglia. Unioni civili e convivenze. Aggiornamento 2016.*, Torino, 2016, 15;
- GALASSO G., *Unione omoaffettiva e adozione*, in *Genius*, n. 1, 2017, 94;
- GALUPPI G., *Brevi note sulla proposta di legge relativa ai diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 4, 2007, p. 1930;
- GAZZONI F., *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge*, in *personaedanno.it*, 2016;
- IBRIDO R., *"Ritorno alla comparazione". Note a margine della sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo sul matrimonio omosessuale*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 3, 2013;
- LECIS A. M., *Le coppie di persone dello stesso sesso in Francia: dai Pacs alla sentenza sul mariage homosexuel*, in *IANUS*, n. 4, 2011, 226-234;
- LENTI L., *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni prima lettura*, in *Jus Civile*, n. 2, 2016, 93;
- MASCIA A., *Famiglia di fatto: riconoscimento e tutela*, Matelica, 2006, 41;
- MAZZUCCA M., *Qualche riflessione su alcuni profili della legge n. 76 del 2016*, in *Ordines*, n. 1, 2016, 141;
- PARISI A.G., *Unioni civili e filiazione: le grandi riforme del terzo millennio tra effettività e problematiche*, in *comparazionediritto.it*, 2016, 17;
- RICCIO D., *La famiglia di fatto*, CEDAM, 2007, 267;
- RINALDI F., *Dinamiche evolutive in materia di diritti della famiglia nella giurisprudenza costituzionale e di merito, e nuove formazioni sociali*, in *Diritti fondamentali*, 2015, 18.
- RIZZI G., *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, n. 1, 2017, 14;
- ROMA U., *Convivenza e Coabitazione*, Padova, 2005, 89;

ROMANO A., *I voti particolari nella sentenza n. 198 del Tribunal Constitutional spagnolo tra approcci alla relazione affettiva e dinamiche dell'interpretazione costituzionale*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 3, 2013;

ROSSI E., *La Costituzione e i DICO, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2008, 128-129;

SANTORO PASSARELLI F., *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, pp. 393-394;

VENUTI M.C., *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 4, 2016, 210;

ZAMBRANO V., *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, a cura di G. Autorino Stanzione, Vol. I, Torino, 2005, 155.

RICORSO IN CASSAZIONE PER MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE E I LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO

Muovendo dagli spunti offerti dalla sentenza delle Sezioni Unite del 27 ottobre 2020 n. 23592, il lavoro si concentra, in una prima parte, sull'evoluzione del ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, in una seconda, invece, sui limiti oggettivi del giudicato amministrativo e sul rapporto tra essi e la riedizione del potere amministrativo al seguito della sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo.

autore **Guidomaria De Cesare**

Abstract ENG

Starting with the sentence of the Supreme Court n. 23592/2020, this paper aims to read, firstly, according to the most recent guidelines of the Supreme Court, the appeal to the Supreme Court for the only reasons relating to the jurisdiction of the Administrative Supreme Court's judgments. Secondly, it focuses on the objective limits of administrative res judicata and the relation between the res judicata and the re-establishment of administrative power after the judgment annulling an unlawful administrative act.

Sommario: 1. Nestlé Italiana S.p.A. c. AGEA: limiti oggettivi del giudicato amministrativo; 2. Perimetrazione dei «motivi inerenti alla giurisdizione» di cui all'art. 111, comma 8°, Cost.; 3. L'interpretazione evolutiva dei motivi inerenti alla giurisdizione e la recente ordinanza delle Sez. Un. del 18 settembre 2020 n. 19598; 4. Il triello delle Corti e l'attesa sentenza della Corte di giustizia: un pronostico; 5. Dall'atto al rapporto: verso l'intonazione soggettiva del giudizio amministrativo; 6. La tendenziale simmetria tra limiti oggettivi del giudicato amministrativo e motivi del ricorso: la soluzione "prudente" delle Sezioni Unite.

1. Nestlé Italiana S.p.A. c. AGEA: limiti oggettivi del giudicato amministrativo

La pronuncia delle Sezioni Unite, adite su ricorso *ex art.* 110 c.p.a., mette la parola fine alla lunga *querelle* tra la Nestlé Italiana S.p.A (nel prosieguo: Nestlé) e l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (nel prosieguo: AGEA), in materia di aiuti comunitari per il consumo di olio di oliva.

Prima di volgere alle questioni giuridiche sottese al caso in esame è bene ricostruire, mutando le parole delle Sezioni Unite, "la complessa vicenda fattuale".

Con nota del 9 marzo 1998 prot. n. 232, l'allora A.I.M.A. revocò le note prot. 1035 e 1036 del 21 giugno 1996 di sospensione degli aiuti di Stato e richieste di restituzione nei confronti del Consorzio Olio Imperia (facente capo alla Nestlé Italia S.p.a.) e, contestualmente, chiese alla citata Nestlé il versamento delle medesime somme contestate per complessive Lire 1.616.978.499, oltre interessi.

Il Pretore di Imperia, adito ai sensi della L. n. 689 del 1981, art. 22 dichiarò la cessazione della materia del contendere nei confronti dell'indicato Consorzio.

Il Ministero delle politiche agricole e forestali (nelle more subentrato all'A.I.M.A.), in data 22 gennaio 2001, ebbe a adottare, nei riguardi della società Nestlé, le ordinanze nn. 42 e 45 del 2001 con le quali dispose l'archiviazione dei verbali relativi ad assunti illeciti per indebite percezioni di contributi comunitari fino all'11 maggio 1990 per rilevata prescrizione; tuttavia, con separato provvedimento, irrogò alla stessa Nestlé la sanzione, ai sensi dell'art. 3 della L. n. 898 del 1988, in materia di illeciti aventi ad oggetto aiuti di Stato, per operazioni fittizie riguardanti il mese di dicembre 1990 e il periodo dal 1° gennaio al 31 luglio 1991, nella misura di Lire 182.777.325.

Quest'ultimo provvedimento amministrativo sanzionatorio veniva impugnato dinanzi al Tribunale di Milano, che lo annullò con sentenza n. 12572/2004, la quale venne, dipoi, confermata in Cassazione, con sentenza n. 9061/2011. Ciononostante, sopravvenivano successivamente tre distinte richieste di restituzione dell'A.G.E.A. nei confronti della Nestlé, le quali, prontamente, venivano impuginate dinanzi al TAR Lazio.

Con le sentenze nn. 7635 e 7636 del 29 maggio 2015, il TAR Lazio dichiarava improcedibile il ricorso n. 13375/1996, per sopravvenuto difetto di interesse (con riferimento alle note Aima nn. 1035 e 1036 del 1996); diversamente, con sentenza n. 7637, in pari data, il TAR accoglieva il ricorso e, per l'effetto, annullato il provvedimento impugnato ovvero la nota Aima n. prot. 2399/1997.

In particolare, con riguardo all'ultima nota impugnata, il giudice amministrativo riteneva fondate le censure di difetto dei presupposti e di istruttoria nei riguardi della nota AIMA prot. n. 2399/1997, oggetto di impugnazione; inoltre riteneva che le somme trattenute dalla Nestlé, a titolo di aiuto di Stato, non fossero indebite^[1].

Benché il TAR avesse affermato la non debenza delle somme, l'AGEA con atto del 22 luglio 2015, ingiungeva, ai sensi dell'art. 3 del R.D. n. 639 del 1910, alla Nestlé il pagamento delle somme di cui alle note nn. 1035/1996, 1036/1996 e 2399/1997 con riferimento agli aiuti comunitari al consumo di olio relativi ai citati anni 1989, 1990 e 1991, nonché gli interessi maturati alla data del 15 giugno 2015.

La Nestlé impugnava, quindi, dinanzi al TAR Lazio anche quest'ultima nota dell'AGEA,

deducendo la violazione del giudicato formatosi a seguito delle indicate sentenze nn. 7635/2015, 7636/2015 e 7637/2015, con la conseguente nullità dell'atto ai sensi dell'art. 114, comma 3°, lett. b) c.p.a., denunciando, in subordine, l'illegittimità dell'impugnato provvedimento per vizi autonomi.

L'adito TAR, con sentenza n. 10023 del 2017, dopo aver rinviato al giudice ordinario la trattazione dell'azione di annullamento dell'ordinanza-ingiunzione, respingeva la domanda di dichiarazione di nullità per violazione del giudicato poiché le citate sentenze passate in giudicato non avrebbero contenuto alcuna statuizione vincolante in ordine alla questione della non debenza delle somme contestate dall'AGEA alla Nestlé.

In specie, dalla sentenza n. 7637/2015, con riferimento alla nota n. 2399/1997, si evinceva che quest'ultima non avrebbe avuto natura di atto di messa in mora (siccome difettava delle indicazioni degli importi ritenuti indebiti), bensì di mera comunicazione sulle ragioni della mancata liquidazione degli aiuti alla Nestlé.

Di talché l'ordinanza di ingiunzione emanata non presentava alcun rapporto di consequenzialità con la nota n. 2399/1997 ma, al contrario, era basata sui presupposti espressamente richiamati nelle premesse dell'atto, ovvero sulla circostanza che la nota n. 232/1998 – rispetto alla quale non si era formato alcun giudicato sostanziale – era qualificabile come atto di diffida e messa in mora, contenendo gli elementi necessari per l'individuazione della prestazione dovuta dalla Nestlé debitrice, al pari della succitata ordinanza-ingiunzione la quale, dunque, si risolveva in un atto di riedizione del potere.

La Nestlé impugnava dinanzi al Consiglio di Stato la citata sentenza del TAR Lazio. Tuttavia, la Terza Sezione, respingeva l'appello, confermando la sentenza di primo grado, ritenendo che il TAR, con la sentenza impugnata, non si fosse affatto pronunziato con efficacia di giudicato sopra il rapporto sostanziale^[2].

Infatti, secondo la costante giurisprudenza di Palazzo Spada, nel processo amministrativo il giudicato si forma unicamente sui motivi di impugnazione e non anche sulle affermazioni ulteriori contenute nella sentenza non strettamente necessarie a dirimere la lite; di talché la sentenza del TAR Lazio n. 7637 del 2015, la quale aveva accolto motivi di ricorso perimetrati intorno a vizi procedurali, non avrebbe contenuto alcuna statuizione con efficacia di giudicato sul presunto indebito della Nestlé. Si sarebbe trattato, piuttosto, di una cognizione svolta *inciderter tantum* siccome del tutto eccentrica rispetto al reale ambito oggettivo della controversia.

La sentenza del Consiglio di Stato veniva impugnata, ai sensi degli artt. 110 c.p.a. e 111, comma 8°, Cost., dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

La Nestlé denunciava il vizio di eccesso di potere giurisdizionale per superamento dei limiti esterni alla giurisdizione; infatti, nelle argomentazioni del ricorrente, il Consiglio di Stato non si sarebbe limitato ad interpretare la portata precettiva del giudicato, bensì avrebbe esercitato una *potestas iudicandi* intorno ad un rapporto già esaurito con il passaggio in giudicato della succitata sentenza del TAR Lazio n. 7637 del 2015.

Inoltre, il Consiglio di Stato, denegando il riconoscimento dell'efficacia precettiva del precedente giudicato in punto di aiuti di Stato indebiti, avrebbe avallato il comportamento abusivo dell'amministrazione che, anziché proporre appello avverso la sentenza n. 7637 del 2015, aveva preferito, in sede di riedizione, recuperare le somme attraverso l'uso distorto dell'ordinanza *ex art. 3 R.D. n. 639 del 1910*, rimettendo così in discussione un rapporto esaurito dal passaggio in giudicato, in sostanziale violazione dell'art. 6 CEDU.

Le Sezioni Unite, con la sentenza in commento, hanno ribadito, per un verso, l'orientamento secondo cui il giudicato amministrativo copre solo le questioni ricomprese nei motivi di ricorso – senza estendersi a posizioni di diritto soggettivo che orbitano intorno al *thema decidendum* ma che sono estranee all'ambito della controversia – per un altro, che il ricorso in Cassazione per “*i soli motivi inerenti alla giurisdizione*” va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione e non anche agli *errores in procedendo o in iudicando*, i quali non investono la sussistenza e i limiti esterni del potere giurisdizionale dei giudici amministrativi, bensì solo la legittimità dell'esercizio del potere medesimo.

In particolare, è stato posto in evidenza che il ricorrente avrebbe dedotto un *error iuris* – circoscritto al mancato rilievo del giudicato formatosi sul rapporto sostanziale – *sub specie* di motivo inerente alla giurisdizione.

Posto che l'art. 111, comma 8°, Cost., secondo l'interpretazione tradizionale, assegna alla Cassazione un ruolo ben specifico, ovvero quello di Supremo giudice dei conflitti di giurisdizione, il ricorso non ha trovato accoglimento.

2. Perimetrazione dei «motivi inerenti alla giurisdizione» di cui all'art. 111, comma 8°, Cost.

Due sono le questioni giuridiche sottese alla sentenza in epigrafe: a) la perimetrazione dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo; b) che cosa debba intendersi per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” di cui agli artt. 110 c.p.a. e 111, comma 8°, Cost., alla luce dei numerosi *revirements* della Cassazione negli ultimi anni.

Della questione *sub a)* ci occuperemo nel prosieguo[3], per ora, invece, è bene concentrarsi sull'ammissibilità del ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, trattandosi di questione preliminare di rito con efficacia assorbente, posto che il ricorrente ha fatto leva su un argomento oggetto di numerosi ripensamenti da parte dei giudici di legittimità[4].

Tradizionalmente il ricorso era ammesso per denunciare la violazione, da parte del Consiglio di Stato, dei limiti esterni alla giurisdizione amministrativa, la quale può concretarsi sia in un'erronea declinatoria di giurisdizione, sia nell'accoglimento del ricorso in ipotesi in cui non sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo[5]. L'art. 111, comma 8°, Cost. racchiude, a ben vedere, una precisa equazione: l'eccesso di potere giurisdizionale e la declinatoria di giurisdizione sono motivi attinenti alla giurisdizione.

L'art. 6 c.p.a. configura il Consiglio di Stato come "organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa". L'ordinamento avverso le sentenze del Consiglio di Stato ammette il ricorso per Cassazione (le cui radici risalgono alla L. 31 marzo 1877, n. 3761), ma lo limita ai soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Nella giurisprudenza delle Sezioni Unite è principio acquisito quello secondo cui i motivi inerenti alla giurisdizione corrispondono, per un verso, alle ipotesi in cui il giudice amministrativo si sia pronunciato su una controversia o materia attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario o di altro giudice speciale (c.d. difetto relativo di giurisdizione) ovvero abbia negato al ricorrente l'accesso alla tutela giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenesse ad altri giudici o, al contrario, che non potesse formare affatto oggetto di sindacato giurisdizionale; per un altro, invece, il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato è ammesso quando il giudice amministrativo emetta una decisione finale che invada le attribuzioni riservate ad altri poteri dello Stato (c.d. difetto assoluto di giurisdizione), sconfinando nell'area di pertinenza del legislatore o della pubblica amministrazione, allorquando esprima valutazioni di opportunità e convenienza sull'atto amministrativo[6].

Secondo un orientamento risalente nel tempo[7], le sentenze del Consiglio di Stato sono sindacabili per difetto di giurisdizione anche nei casi di irregolare costituzione dell'organo giudicante.

La disposizione costituzionale va coordinata con almeno due norme fondamentali: la prima è rappresentata dall'art. 65 r.d. n. 12 del 1941 nella misura in cui esprime tassativamente le attribuzioni riservate dalla legge alla Corte di Cassazione; la seconda, invece, dall'art. 382 c.p.c. secondo cui se la Cassazione riconosce che il giudice del quale si impugna il provvedimento, per motivi di giurisdizione, è privo di giurisdizione al pari di ogni altro giudice annulla senza rinvio; da ciò segue che, accolto il ricorso ex art. 111, comma 8°, Cost., il rinvio è ammesso solo nell'ipotesi in cui vi sia un altro giudice che abbia giurisdizione, posto che il giudice il cui provvedimento è impugnato viene, conseguentemente, dichiarato privo di giurisdizione[8].

Evidente è l'intenzione del legislatore costituente di limitare l'ingerenza della Corte di Cassazione negli affari di competenza del giudice amministrativo.

Il dualismo tra le giurisdizioni, in uno con la regola della non interferenza del giudice della nomofilachia negli affari del Consiglio di Stato, risulta confermato dal combinato disposto dei commi settimo e ottavo dell'art. 111 Cost.

La dottrina, facendo leva su una lettura piana dei “soli motivi attinenti alla giurisdizione”, ha posto in luce l'intima differenza che intercorre tra l'art. 111, comma 8°, e l'art. 111, comma 7°, Cost.

In ispecie, la regola è quella del settimo comma per cui ogni provvedimento decisorio sopra diritti, reso all'esito di un giudizio a cognizione non superficiale, è impugnabile per Cassazione, sì da assicurare al contempo lo *ius litigatoris* e l'uniforme interpretazione della legge, mentre il ricorso per Cassazione accordato dal comma ottavo, per il travalicamento dei limiti inerenti alla giurisdizione, ad opera di un giudice speciale, delle competenze assegnategli in una data materia rispetto alle facoltà della pubblica amministrazione, di altri giudici nazionali o di giudici stranieri o sovranazionali, è l'eccezione^[9].

La locuzione “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” porta con sé una perimetrazione del sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze rese dal Consiglio di Stato a favore del sindacato sui soli limiti esterni della giurisdizione, negando cittadinanza ad un controllo sul cattivo esercizio del potere giurisdizionale. L'*error in procedendo* diverso dal difetto di giurisdizione del giudice che abbia reso sentenza altro non è che una violazione di legge, *ex art. 111, comma 7°, Cost.*

Se quanto detto è corretto, allora la conclusione è a rime obbligate: il ricorso per Cassazione *ex art. 111, comma 8°, Cost.* non copre la violazione dei principi processuali, quali che siano, enunciati dal medesimo art. 111 Cost. nella misura in cui lo si voglia intendere quale norma cardine delle garanzie che informano il sistema di tutela giurisdizionale dei diritti.

La complessa trama dei rapporti tra organi giurisdizionali risulta confermata, sul piano della legge ordinaria, dalla lettera dell'art. 360 c.p.c. il quale contrappone i motivi inerenti alla giurisdizione alla erronea o falsa applicazione di norme sostanziali e alla violazione di norme processuali.

Il che conferma che i “motivi inerenti alla giurisdizione”, pur competendo ad un *error in procedendo*, sono un *aliud* rispetto alla violazione di legge sostanziale e processuale; da ciò si trae conferma e giustificazione sul piano normativo del differente regime della sentenza resa dal Consiglio di Stato viziata in punto di diritto (non ulteriormente impugnabile) e quella, invece, viziata siccome emessa dal Consiglio di Stato in difetto di giurisdizione (impugnabile poiché il motivo inerente alla giurisdizione non è ricompreso nella violazione di legge).

È allora corretto asserire che rispetto alle sentenze emesse dal giudice ordinario il motivo attinente alla giurisdizione è una *species* della violazione di legge, sindacabile ai sensi dell'art. 111, comma 7°, Cost. e 360, *sub a*) c.p.c.; al contrario, il principio di non interferenza negli affari deputati ad altro plesso giudiziario, impone di considerare il motivo inerente alla giurisdizione, di cui all'art. 111, comma 8° Cost., non già come violazione di legge relativa ad un presupposto processuale, bensì come gravame sul solo *limes* tra l'attività giurisdizionale dell'uno e dell'altro plesso giudiziario.

Pertanto, non è possibile, almeno ad una lettura piana dell'art. 111, comma 8°, Cost. dedurre *sub specie* di motivo inerente alla giurisdizione – che, come detto, è gravame limitato al solo difetto di un presupposto processuale – un errore di diritto, tale da estendere il sindacato della Corte di Cassazione sull'attività del Consiglio di Stato oltre la funzione di governare i conflitti di giurisdizione.

3. L'interpretazione evolutiva dei motivi inerenti alla giurisdizione e la recente ordinanza delle Sez. Un. del 18 settembre 2020 n. 19598

Senonché dottrina e giurisprudenza (civile), muovendo dall'assunto per cui “giurisdizione” e “tutela giurisdizione” non sono espressioni fungibili, si sono chiesti se il mezzo di impugnazione di cui all'art. 111, comma 8°, Cost. possa essere speso anche per sindacare la non corretta erogazione della tutela giurisdizione da parte del Consiglio di Stato o di altro giudice speciale^[10].

La risposta al suddetto quesito passa per un'estensione semantica del significato attribuibile al motivo inerente alla giurisdizione, tale da ammettere almeno due interpretazioni: una prima statica del concetto di giurisdizione, inteso come mero presupposto processuale; una seconda, invece, dinamica, di guisa che tra giurisdizione ed effettività della tutela giurisdizione, intesa come corretta allocazione del bene della vita richiesto dalle parti secondo giustizia, viene a costituirsi una sorta di equivalenza.

La seconda interpretazione segue ad una nozione di “limite esterno” alla giurisdizione da intendere in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale. In quest'ambito, il giudizio sulla giurisdizione non è più riconducibile ad un semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi plessi giudiziari, ma costituisce uno strumento per affermare l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

Dunque, norma sulla giurisdizione è non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si debba estrinsecarsi.

Per quanto le disposizioni costituzionali si prestino a letture evolutive, secondo la lettura

tradizionale, la cifratura tassativizzante dell'art. 111, comma 8°, Cost. esclude l'elasticità della norma.

Se così non fosse ovvero se con il ricorso “per i soli motivi inerenti alla giurisdizione” potessero essere fatti valere anche *errores in iudicando* e *in procedendo*, benché mascherati sotto le vestigia dell'eccesso di potere giurisdizionale, si promuoverebbe una lettura del tutto correttiva – per non dire eversiva – del dato normativo.

Tuttavia, le Sezioni Unite, in un noto precedente del 2015[11] – benché timide aperture vi fossero già da prima[12]– hanno ammesso il ricorso “per i soli motivi inerenti alla giurisdizione” contro una sentenza del Consiglio di Stato pronunciata in violazione di una sopravvenuta sentenza interpretativa, *de eadem re*, della Corte di giustizia. Le Sezioni Unite, adite poiché si etichettò la questione come di giurisdizione ai sensi dell'art. 374 c.p.c., hanno praticato una lettura del tutto stravagante dei “motivi inerenti alla giurisdizione” rispetto al dato normativo.

Il ricorso “per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”, nell'interpretazione delle Sezioni Unite, non assicurerebbe il solo accesso alla tutela giurisdizionale secondo le norme attributive della *potestas iudicandi*, bensì anche il diritto ad ottenere una tutela giurisdizionale effettiva, informata, da un lato, al rispetto del diritto Ue, posto il rinvio allo stesso *ex art. 117 Cost. e art. 1 c.p.a.*, dall'altro, alla garanzia del giusto processo regolato dalla legge.

Alla stregua del suddetto indirizzo, norma sulla giurisdizione sarebbe non solo quella attributiva della *potestas iudicandi* ma anche quella che dà contenuto al potere giurisdizionale “*stabilendo le forme attraverso cui esso si estrinseca*[13]”.

Sicché attraverso la formula del “rifiuto di esercitare la giurisdizione” un'ipotesi di *error in iudicando* potrebbe esser convertita in motivo inerente alla giurisdizione. Tale orientamento è stato, tuttavia, censurato prima nel 2017 dalla stessa Cassazione[14] e, successivamente, nel 2018, dalla Corte Costituzionale[15] che ha riproposto una lettura tassativizzante dell'art. 111, comma 8°, Cost. tale da escludere l'esperibilità del suddetto rimedio avverso una sentenza del Consiglio di Stato, impugnata per Cassazione, foriera di violare, tuttavia, il diritto CEDU.

Da ultimo, le stesse Sezioni Unite, con l'ordinanza interlocutoria n. 19598, del 18 settembre 2020[16], sono ritornate sulla questione, chiedendo in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia, se il ricorso *ex art. 111, comma 8°, Cost.* – posto che l'ordinamento amministrativo non contempla alcun rimedio atto a prevenire la formazione del giudicato anticomunitario – non possa essere utilizzato, nelle materie di competenza dell'Unione, per prevenire la formazione di decisioni definitive anticomunitarie, nel senso che nel perimetro dei “motivi inerenti alla giurisdizione” rientrerebbero anche le ipotesi di denegata giustizia,

in pregiudizio degli interessi dell'Unione.

E ciò perché l'accertamento contenuto nella sentenza contrario al *dictum* dei giudici del *Kierchberg*, da un lato, rappresenta una produzione normativa preclusa agli organi giurisdizionali, dall'altro, il passaggio in giudicato della sentenza anticomunitaria, in difetto di appositi mezzi di impugnazione straordinari accordati dal legislatore, cristallizzerebbe una violazione del diritto unionale, con grave pregiudizio per l'art. 19, par. 1, TUE^[17] e in violazione della funzione nomofilattica, rispetto al diritto europeo, attribuita dai Trattati alla Corte di giustizia, attraverso l'attribuzione della competenza a pronunciarsi su rinvio pregiudiziale sull'esatta interpretazione delle norme di matrice comunitaria.

Del resto, la stessa Corte Costituzionale, nella dianzi menzionata sentenza n. 6/2018, la quale ha imposto una lettura tassativizzante dei motivi inerenti alla giurisdizione, non ha mancato di rilevare che l'eventuale contrasto fra le sentenze del Consiglio di Stato e il diritto dell'Unione o la giurisprudenza della Corte di giustizia pone un problema di effettività della tutela^[18].

Più precisamente, Le Sezioni Unite dubitano che l'interpretazione e applicazione degli artt. 111, comma 8°, Cost., 360, comma 1°, lett. a) e art. 110 c.p.a., emergente dalla prassi nazionale interna, contrasti con gli artt. 4, par. 3, art. 19, par. 1, TUE e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In particolare, l'interpretazione offerta delle disposizioni richiamate contrasta – secondo le Sezioni unite rimettenti – con il principio secondo cui sono da considerare incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che comprimano la libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario e, segnatamente, di rendere irrimediabile, attraverso il passaggio in giudicato della sentenza tacciata di essere anticomunitaria, l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione.

A parere di chi scrive, una simile conclusione è compatibile con l'orientamento tradizionale secondo cui, dopo l'inserimento della garanzia del giusto processo nell'art. 111 Cost., il sindacato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale continua ad essere circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione e può quindi essere esercitato soltanto avverso le sentenze del Consiglio di Stato che invadano le attribuzioni di altri organi giurisdizionali o del legislatore (quando eserciti un'attività di produzione normativa che non gli compete) o della Pubblica Amministrazione (quando compia valutazioni di opportunità o convenienza dell'atto

amministrativo)[19].

Tuttavia, sviluppando tale orientamento, la Suprema Corte aveva già considerato, come ipotesi di violazione dei c.d. limiti esterni della giurisdizione del Consiglio di Stato, le ipotesi in cui le sentenze dei giudici amministrativi si erano poste in esplicito contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea senza aver provveduto al rinvio pregiudiziale[20].

La condizione necessaria perché possano reinterpretrarsi in senso dinamico “i motivi inerenti alla giurisdizione” è che il Consiglio di Stato abbia omesso di rinviare in via pregiudiziale alla Corte di giustizia la questione interpretativa circa l’esatta latitudine di una norma comunitaria, accedendo ad un’interpretazione della disposizione comunitaria foriera di violare il diritto dell’Unione tale da negare al ricorrente una posizione giuridica di vantaggio altresì riconosciuta dal diritto europeo.

Emerge, dunque, un problema di compatibilità dell’impianto normativo interno con il principio di effettività della tutela di diritti riconosciuti dall’ordinamento dell’Unione europea ed in ogni caso con gli standard di tutela pretesi dal diritto europeo per le proprie posizioni giuridiche di vantaggio.

In presenza di una situazione come quella che si è venuta a determinare a seguito della pronuncia dei giudici costituzionali del 2018 le Sezioni unite potevano optare vuoi per la disapplicazione del diritto interno, ritenuto in contrasto con l’ordinamento dell’Unione – ponendosi così in modo polemico con la sentenza n. 6/2018 della Corte Costituzionale in grave e pericoloso contrasto con la decisione dei giudici costituzionali – vuoi per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea.

L’interpretazione imposta dalla Corte costituzionale dei “motivi inerenti alla giurisdizione” di cui all’art. 111, 8° comma, Cost. come sinonimo delle “questioni di giurisdizione” di cui all’art. 37 c.p.c., non tiene conto, ed anzi elude, l’evoluzione del sistema costituzionale del sistema di tutela giurisdizionale dei diritti e, segnatamente, la profonda evoluzione del rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, dopo le modifiche che l. cost. n. 2 del 1999 ha apportato all’art. 111 Cost[21].

Non tener conto nella perimetrazione dei motivi inerenti alla giurisdizione dell’evoluzione normativa del concetto di giurisdizione, la quale ad oggi “*si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*”, è frutto di miopia interpretativa.

Nel sistema antecedente la ricordata modifica costituzionale, era possibile affermare che, ai sensi dell’art. 362, comma 1°, c.p.c., il compito assegnato alla Corte di Cassazione fosse limitato al controllo del rispetto dei limiti esterni delle diverse giurisdizioni, in conformità delle attribuzioni riservate dalla legge sull’ordinamento giudiziario, restando escluso ogni

sindacato sulle modalità di erogazione della tutela giurisdizionale.

Oggi, invece, l'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost., deve tener conto della differenza non solo semantica tra i motivi inerenti alla giurisdizione e la questione di giurisdizione di cui agli artt. 37 c.p.c. e 9 c.p.a.

Se, per un verso, la questione di giurisdizione rimane confinata nel significato attribuitole dalla fonte primaria, ex artt. 37 c.p.c. e 9 c.p.a., la perimetrazione dei motivi inerenti alla giurisdizione non può prescindere dal significato costituzionale di giurisdizione accolto nel medesimo art. 111 Cost., nel 1° e nel 2° comma.

Invero, a seguito dell'introduzione in Costituzione dei c.d. principi del giusto processo, concernenti il modo in cui la funzione giurisdizionale deve essere esercitata, la nozione costituzionale di giurisdizione non può più esaurirsi nel complesso delle regole che presiedono alla ripartizione del potere giurisdizionale, ma risulta necessariamente innervata dai suddetti principi, proprio per non appiattare il significato che la Costituzione riserva all'attività giurisdizionale sulla nozione "tecnica" di questione di giurisdizione, intesa come presupposto processuale.

La nozione costituzionale di "motivi inerenti alla giurisdizione", ai fini del sindacato della Suprema Corte sulle sentenze dei giudici speciali, non coincide con quella di "questioni di giurisdizione", ma deve estendersi sino a ricomprendere il controllo sull'osservanza dei sopra richiamati principi regolatori del giusto processo, *"a nulla rilevando che i vizi derivanti dalla violazione di tali essentialia iurisdictionis siano sussumibili anche nella categoria degli errores in procedendo ovvero degli errores in iudicando de iure procedendi*[\[22\]](#)".

L'assetto pluralistico delle giurisdizioni conservato dalla nostra Costituzione – con attribuzione al giudice amministrativo della cognizione degli interessi legittimi e, nei soli casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi agli stessi inestricabilmente connessi – non vale ad escludere a priori che la stessa abbia assegnato alla Corte di Cassazione, accanto al ruolo di giudice dei conflitti di giurisdizione, anche il compito di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione dei principi regolatori del giusto processo attraverso il quale si attua la giurisdizione, a garanzia dell'unità funzionale della stessa e nel rispetto del principio di uguaglianza.

Di talché, nel caso in cui i giudici del *Kierchberg* dovessero rispondere affermativamente alla domanda pregiudiziale rimessa dalle Sezioni Unite, si verrebbe a creare un sistema binario nel modo di intendere "i motivi inerenti alla giurisdizione": rispetto alle posizioni giuridiche interne l'art. 111, comma 8°, Cost soggiacerebbe ad una lettura tassativizzante siccome non può porsi, neppure *in thesi*, un problema di contrasto con il diritto europeo; al contrario, laddove oggetto del giudizio sia una posizione giuridica di vantaggio di interesse

comunitario (in ispecie il quesito si riferisce alla materia degli appalti), il ricorso per Cassazione verrebbe, per così dire, funzionalizzato[23] alle esigenze di dare corretta attuazione al principio di effettività della tutela giurisdizionale.

E ciò perché se si ammettesse il ricorso *ex art.* 111, comma 8°, Cost. per sindacare il c.d. diniego di giustizia, la stessa Corte di Cassazione adita potrebbe rimediare al *vulnus* recato al diritto europeo dalla sentenza del Consiglio di Stato anticomunitaria, rinviando pregiudizialmente, *ex art.* 267 TFUE, essa stessa alla Corte di giustizia, conformandosi successivamente all'interpretazione della norma europea offerta dai giudici del *Kierchberg*.

È pur vero che se la Corte di giustizia dovesse dare risposta affermativa al quesito postole, del pari non si risolverebbe l'altra spinosa questione intorno ai rapporti tra le sentenze dei giudici nazionali e la *primauté* del diritto europeo: l'ordinamento non disporrebbe comunque di un rimedio rescindente contro il giudicato anticomunitario, di talché l'unica strada percorribile sarebbe o quella della disapplicazione ovvero quella, altrettanto disdicevole, della tolleranza dell'aporia.

4. Il triello delle Corti e l'attesa sentenza della Corte di giustizia: un pronostico

Quali saranno gli esiti del rinvio pregiudiziale non è difficile ad intuirsi e ci pare, già in questa sede, di poter avanzare un pronostico: La Corte di giustizia non si farà sfuggire l'occasione di funzionalizzare un istituto del diritto interno agli obiettivi dell'Unione, nell'apparente rispetto del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, posto che la medesima sorte è già toccata ad istituti centrali del sistema di tutela giurisdizionale dei diritti nazionale[24].

Nella giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo è dominante l'idea per cui il diritto processuale nazionale, nell'assenza di misure di armonizzazione comunitarie, sia parte del processo, talora prepotente, di attuazione della normativa europea.

Il *Plateau Kirchberg* non impone (o almeno non sembra farlo) ai giudici degli Stati membri di disapplicare la normativa processuale interna tacciata di impedire la corretta attuazione del diritto europeo, bensì richiede ai giudici nazionali di verificare tutte le strade percorribili offerte dal diritto nazionale: in una prospettiva comunitaria gli strumenti che il diritto nazionale mette a disposizione degli operatori devono, eventualmente, essere funzionalizzati, al di là del campo semantico abbracciato dalla singola norma processuale.

Non si chiede ai giudici degli Stati membri di foggare nuovi rimedi sconosciuti al diritto nazionale, bensì semplicemente di utilizzare quelli già esistenti, estendendone il campo di applicazione oltre il contenuto testuale della norma, sì da ricomprendervi fattispecie comunitarie rilevanti la cui attuazione non può che passare attraverso l'incidente del processo.

Si tratta allora di funzionalizzare i rimedi già esistenti, in ragione del canone di effettività che impone, in una prospettiva integrazionista, di concepire la normativa sostanziale comunitaria e la normativa processuale degli Stati membri come un'unica esperienza giuridica nella quale il diritto nazionale diventa strumento di garanzia del diritto comunitario, assicurandone la corretta attuazione: "picassianamente" destrutturare per poi ricomporre i meccanismi processuali nazionali così costruendo, a seconda delle esigenze imposte dal caso concreto, delle varianti funzionali, con buona pace dei retaggi culturali che innervano i sistemi processuali nazionali e delle eleganze dottrinali.

Al di là degli ingombranti dogmatismi, gli istituti processuali sottoposti alla competenza pregiudiziale dei giudici di Lussemburgo vengono riletti in una chiave squisitamente pratica, ridimensionando ideologie e costumi processuali a seconda delle esigenze che il caso concreto pone.

La flessibilità delle forme e degli istituti processuali interni è confermata dall'espressa previsione nei Trattati del diritto ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva delle posizioni giuridiche che si fondano sul diritto dell'Unione, la quale è ad oggi espressamente imposta dall'art. 19, par. 1°, TUE: i giudici nazionali *“sono i primi e fondamentali applicatori del diritto dell'Unione [...] che hanno, sul piano quantitativo, molte più occasioni dei giudici di Lussemburgo[25]”*.

La disposizione di cui all'art. 19 TUE, che innerva il tessuto dei principi comunitari, deve essere applicata dai giudici nazionali al fine di realizzare una piena tutela degli interessi dell'Unione. Non può essere un impedimento a tale fine il dato letterale della norma: in assenza di altri rimedi, il ricorso per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” deve impedire la formazione di un giudicato anticomunitario.

A parere di chi scrive, la Corte di giustizia darà la stura ad un intervento di chirurgia giuridica, più volte prospettato dalle Sezioni Unite, nonostante i *caveat* della Corte Costituzionale e della dottrina fedele al dato letterale della norma.

Nella convinzione che l'interpretazione estensiva dei “motivi inerenti alla giurisdizione” sia necessitata dalla preminenza che va riconosciuta al principio della *primauté* rispetto al diritto interno, è corretto chiedersi se dietro quest'ultima ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia non si adombrino “interessi di bottega” della Cassazione: la richiesta di avallo dell'interpretazione conforme dell'art. 111, comma 8°, Cost. assicurerebbe alla Corte di Cassazione un sindacato ben più esteso sulle sentenze del Consiglio di Stato rispetto a quello delineato originariamente in Costituzione.

Si tratterebbe, come sottolineato, di una lettura pienamente correttiva del dato normativo, ma la giurisprudenza europea non ha mancato, in tempi recenti, di compiere riletture degli

istituti processuali nazionali e, segnatamente, del giudicato[26].

In altri termini, la Cassazione chiede avallo alla Corte di giustizia per “cassare” l’interpretazione tassativizzante dei “motivi inerenti alla giurisdizione” caldeggiata dalla Corte Costituzionale: viene così a costituirsi un vero e proprio triello tra le Corti.

In dottrina, per sottolineare il crescente *judicial dialogue* tra Corti nazionali e giudici europei si è adoperata la metafora del “triangolo giurisdizionale europeo[27]”, ai cui tre vertici si collocano le Corti nazionali di ultima istanza e costituzionali, e le due Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo. Senonché sembra utile chiedersi[28] quale sia l’ampiezza dell’angolo occupato dalle Corti nazionali entro il “triangolo giurisprudenziale europeo”.

Che si tratti di un triangolo equilatero è da escludere; è, invece, certo che l’angolo occupato dalle Corti nazionali è a sua volta diviso da una bisettrice, la quale riflette la divisione interna della giurisdizione: da un lato la giurisdizione civile e la Corte di Cassazione, dall’altro la giurisdizione amministrativa e il Consiglio di Stato.

Ecco che alla più elegante immagine del triangolo si sostituisce quella del triello per descrivere il *judicial dialogue*: le Corti si tengono sotto tiro a vicenda per evitare sgraditi sconfinamenti nel proprio ambito di competenza.

Così è interesse del Consiglio di Stato evitare che le proprie decisioni possano essere sindacate dalla Corte di Cassazione, *ex art.* 111, comma 8°, Cost., per “motivi inerenti alla giurisdizione” diversi dalle mere questioni di giurisdizione *ex artt.* 37 c.p.c. e 9 c.p.a.; non diversamente, la Corte di Cassazione vuole evitare che siano sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario, a causa della proliferazione delle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, *ex art.* 134 c.p.a., materia di importanza strategica; del pari, il *Plateau Kirchberg*, in più occasione, non ha esitato a disapplicare istituti processuali fondamentali, quali il giudicato[29] –con buona pace dell’assolutistica *Rechtskraft* – per evitare la cristallizzazione di violazioni del diritto europeo, superando, forse definitivamente, il preteso principio (e forse dogma) dell’autonomia procedurale degli Stati membri.

Tornando alla sentenza in commento, invece, bene hanno fatto le Sezioni Unite, nell’attesa del pronunciamento dei giudici del *Kierchberg* che interrompa lo stallo, ad attenersi alla lettura tassativizzante dei “motivi inerenti alla giurisdizione”, non venendo direttamente in rilievo, nel caso di specie, alcuna violazione del diritto comunitario, sì da evitare, di foggare un rimedio pretorio caduco, condizionato all’ultima parola della Corte di giustizia.

Infatti, il gravame fondato sulla pretesa violazione dell’art. 6 CEDU, cui era affidato dal ricorrente il ricorso *ex art.* 111, comma 8°, Cost., non vale a rimettere in discussione l’accertamento compiuto dal Consiglio di Stato, trattandosi di censura estremamente

generica che non vale a dedurre alcuna precisa violazione di norma comunitaria, per cui è possibile intendere in modo estensivo i “motivi inerenti alla giurisdizione”.

Da questo punto di vista, il rigetto in rito del ricorso per Cassazione ci pare essere soluzione corretta.

5. Dall’atto al rapporto: verso l’intonazione soggettiva del giudizio amministrativo

La sentenza in commento offre spunti interessanti per tornare sulla questione dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo. La perimetrazione dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo è condizionata dalla centralità storicamente riconosciuta all’atto e al potere pubblico nel giudizio amministrativo[30].

Fino ad un recente passato, si era soliti far coincidere l’oggetto del processo amministrativo pressappoco con il provvedimento impugnato, unitamente ai vizi di legittimità dedotti, i quali delimitavano il *thema decidendum*.

Tale impostazione può ritenersi ad oggi definitivamente superata[31]. La c.d. civilizzazione del processo amministrativo[32], cui ha dato la stura il codice del processo amministrativo, ha comportato lo spostamento dell’oggetto del processo amministrativo dall’atto al rapporto, intercorrente tra il cittadino e l’amministrazione[33].

Da ciò segue che, per quanto sia assente una disposizione che disciplini espressamente il giudicato amministrativo[34], la nozione di cosa giudicata che emerge dagli artt. 324 c.p.c. e 2909 cod. civ., in ragione del rinvio esterno al codice di rito civile di cui all’art. 39 c.p.a., può plasticamente adattarsi al giudizio amministrativo. Affinché possa operare il rinvio esterno, l’art. 39 c.p.a. specifica che le disposizioni contenute nel codice di rito civile devono essere “*compatibili o espressione di principi generali*”.

L’estrema latitudine della disposizione in commento porta con sé tutta una serie di conseguenze. Il riferimento alla compatibilità tra i due sistemi processuali permette di escludere che questi siano in un rapporto di *genus ad speciem*, di talché il rinvio non può dirsi né automatico né generale.

Ne consegue che anche le norme del rito civile che sono espressione di principi generali possono essere mutate a condizione che siano compatibili con lo scopo del processo amministrativo ovvero con l’utilità che esso è teso ad assicurare al ricorrente.

Non potendo affrontare, nemmeno per avventura, il delicato problema della natura strumentale o sostanziale dell’interesse legittimo[35], può dirsi, in via di approssimazione, che lo scopo del processo amministrativo è quello di assicurare agli utenti l’accesso ad un bene della vita ovvero una situazione di vantaggio di carattere finale; l’evoluzione del

sistema muove nel senso che sempre maggior attenzione è riservata alla definizione del rapporto, mentre la questione di legittimità dell'atto impugnato degrada ad occasione del sindacato giurisdizionale sull'uso del potere[36].

Il progressivo spostamento del baricentro dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto è conseguenza della perdita di centralità dell'azione costitutiva dovuta all'introduzione, da parte del codice del processo amministrativo, di altre azioni, mutate dal processo civile, a corredo della tutela demolitoria. Il che impone, da un lato, di ripensare il modello di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche di vantaggio devolute alla cognizione del giudice amministrativo, dall'altro, di ripensare il rapporto stesso tra cittadino e amministrazione[37].

La realizzazione del bene della vita, fuori dai casi di giurisdizione di merito, non può che essere mediata dall'esercizio del potere da parte dell'amministrazione. Sicché nell'ambito della giurisdizione di legittimità, il giudice amministrativo è "giudice del potere[38]".

È proprio questo il punto maggiormente problematico dei rapporti tra processo civile e processo amministrativo: benché l'art. 39 c.p.a. funga da porta d'ingresso nel processo amministrativo dei principi generali del modello processuale semi-dispositivo, taluni punti della teoria del processo civile, come ad esempio l'adagio secondo cui il passaggio in giudicato risolve definitivamente una controversia tra le parti, coprendo il dedotto e il deducibile, non possono essere trapiantati senza correre il rischio di un rigetto.

E ciò perché l'anzidetta civilizzazione del processo amministrativo è destinata a rimanere incompiuta; in ispecie, diversamente dal processo civile, il giudizio amministrativo aborrisce un giudicato che «*promani dal silenzio*[39]» ovvero che si estenda automaticamente al rapporto fondamentale, quandanche le parti non si siano confrontate sullo stesso, come altresì affermato dalle Sezioni Unite con le sentenze gemelle nn. 26242 e 26243 del 2014, relativamente ai giudizi di impugnativa negoziale[40].

Secondo la giurisprudenza amministrativa, la struttura stessa del giudizio amministrativo, e in ispecie della giurisdizione di legittimità, che si risolve in un sindacato sull'uso del potere, osta alla formazione di un giudicato implicito sui punti della sentenza «*privi di relazione causale con il decisum identificato dai motivi a base della specifica domanda giudiziale*[41]».

Come già cennato, storicamente il giudizio amministrativo nasce al fine di controllare la legittimità dell'esercizio del potere dell'amministrazione attraverso una tutela meramente demolitoria del provvedimento illegittimo.

Il suo oggetto è stato per lungo tempo individuato nello stesso provvedimento o, tutto al più, nel diritto potestativo (diritto al mutamento o all'annullamento) sulla falsariga degli

studi processualcivilistici sulla tutela giurisdizionale costitutiva[42]. Sicché la concezione tradizionale osterebbe all'estensione del giudicato oltre i singoli motivi d'impugnazione dedotti.

Per converso, rispetto al giudizio civile, nel quale il passaggio in giudicato sostanziale della sentenza, che abbia accolto la domanda, resa sul singolo effetto giuridico sortisce, tendenzialmente, un effetto conformativo pieno sul rapporto fondamentale, di guisa che oggetto dell'accertamento è l'intero rapporto da cui origina l'effetto giuridico elementare, il processo amministrativo, da un lato, preclude al ricorrente la proposizione di un nuovo ricorso, dall'altro, invece, non osta a che l'amministrazione rieserciti il potere, con ciò causando una *“rottura di simmetria (nei confronti della pubblica amministrazione che) conserva naturaliter la possibilità di riedizione del potere*[43]”.

Formandosi il giudicato, come detto, solo in relazione ai motivi di ricorso esaminati dal giudice e ritenuti fondati, questo non pone alcun vincolo rispetto all'attività dell'amministrazione successiva al passaggio in giudicato della sentenza[44] e ciò perché il passaggio in giudicato, per dirla con le parole di autorevole dottrina[45], riguarda esclusivamente *“solo un punto emergente nella linea d'azione dell'amministrazione”*, ovvero il provvedimento impugnato.

6. La tendenziale simmetria tra limiti oggettivi del giudicato amministrativo e motivi del ricorso: la soluzione “prudente” delle Sezioni Unite

L'attribuzione del bene della vita al ricorrente può essere pregiudicata dall'amministrazione in sede di riedizione del potere. Di talché la giurisprudenza amministrativa, per non frustrare l'aspettativa di tutela del ricorrente, ha elaborato alcuni criteri volti ad ottenere un bilanciamento tra l'inesauribilità del potere dell'amministrazione e il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Le soluzioni offerte dalla giurisprudenza sono di stampo prettamente pragmatico: secondo l'impostazione dominante, posto che la sentenza di annullamento non esaurisce la propria rilevanza con l'effetto eliminatorio, bensì farebbe sorgere il dovere per l'amministrazione di dare esecuzione alla sentenza conformandosi, nell'ipotesi in cui il giudizio abbia riguardato un provvedimento negativo, il bene della vita postulato dal privato può essere assicurato solo attraverso il riesercizio del potere da parte dell'amministrazione.

Pertanto, l'ambito oggettivo del giudicato amministrativo sarebbe circoscritto ai soli profili dell'attività dell'amministrazione su cui l'accertamento è divenuto definitivo; al contrario, le sopravvenienze di diritto incidono, anche dopo il passaggio in giudicato, su quei profili dell'attività non vincolati dalla sentenza[46].

Più in generale, la sentenza di annullamento non preclude, di regola, il riesercizio del potere

su quelle frazioni del rapporto amministrativo non intercettate dalla sentenza passata in giudicato, dalla quale, invece, sorge il solo dovere per l'amministrazione di non riprodurre i vizi che hanno determinato l'annullamento[47].

La parziale impermeabilità del potere rispetto all'accertamento giurisdizionale profila il concreto rischio di una serie indefinita di pronunce di annullamento su nuovi provvedimenti espressione della riedizione del potere.

La giurisprudenza, per rimediare a un sì grave inconveniente, ha da tempo affermato una regola formale (c.d. regola del *one shot*) secondo cui, dopo l'annullamento, l'amministrazione può riesercitare il potere solo una volta, stante l'onere di sollevare, in sede di riedizione del potere, tutte le censure avverso la pretesa del cittadino; dopo tale riesercizio l'amministrazione non potrebbe più decidere in senso sfavorevole al cittadino, siccome ogni ulteriore questione rimarrebbe preclusa dal definitivo esaurimento della discrezionalità.

Tale impostazione ha trovato conferma nell'art. 10-*bis*, l. n. 241 del 1990, laddove impone la comunicazione all'amministrato di tutti i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza prima del rigetto, al fine di evitare una frammentazione del potere di diniego in capo all'amministrazione[48]; di talché, in caso di impugnazione in giudizio del provvedimento negativo adottato, l'amministrazione, in sede di riesercizio del potere, non può dedurre per la prima volta motivi ostativi all'istanza del privato già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato.

La regola del *one shot* pone dei limiti al potere dell'amministrazione e, in un certo senso, apre alla teoria del diritto amministrativo paritario[49], la quale è stata ad oggi accolta anche dal legislatore: l'art. 1 della l. n. 241 del 1990, come novellato dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, al comma 1-*bis* espressamente prevede che *“I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”*.

I principi di leale collaborazione e buona fede informano il procedimento amministrativo e, segnatamente, la riedizione del potere amministrativo, di talché, dopo una sentenza di annullamento, sorge in capo all'amministrazione un dovere di particolare condotta che le impone di osservare gli anzidetti principi nei suoi successivi procedimenti[50].

Pertanto, se la portata meramente preclusiva del giudicato afferisce ad un processo sull'atto, di tipo impugnatorio puro, che guarda solo al passato, al contrario l'effetto conformativo, teso evitare che nella riedizione del potere l'amministrazione riproponga i medesimi vizi censurati dal giudice, orienta l'attività amministrativa per il futuro, dettando le modalità attraverso cui dovrà svilupparsi la trama del rapporto amministrativo, sì da assicurare corretta soddisfazione della pretesa del ricorrente vittorioso[51].

Tuttavia, nell'ipotesi in cui sia richiesta tutela di un interesse legittimo oppositivo – come nel caso di specie – il bene della vita cui aspira il privato viene soddisfatto attraverso la mera eliminazione del provvedimento illegittimo. Ottenuta tale utilità, il rapporto tra l'amministrazione e il cittadino viene meno e ciò perché il singolo non ha interesse alla riedizione del potere, anzi al più ha interesse a che il potere non sia esercitato nuovamente[52].

Il che ci consente di arguire che la sentenza di annullamento soddisfa a pieno la pretesa del ricorrente vittorioso, eliminando il provvedimento illegittimo e precludendo all'amministrazione di adottare un atto affetto dai medesimi vizi su cui si è formato il giudicato.

È giocoforza concludere che la preclusione del dedotto e del deducibile nel giudizio amministrativo, sopra interessi legittimi oppositivi, è limitata ai soli motivi di impugnazione proposti, poiché l'oggetto dell'accertamento è perimetrato dai vizi denunciati; di talché, la stessa “ombra del giudicato” non può propagarsi oltre i motivi di impugnazione proponibili avverso il provvedimento illegittimo.

Non pare, dunque, configurabile una statuizione implicita intorno ad un diritto soggettivo che trova fonte nel rapporto tra il privato e l'amministrazione, siccome l'utilità cui aspira il ricorrente, con l'azione *ex art. 29 c.p.a.*, non può di certo trascendere l'interesse legittimo e, segnatamente il rapporto amministrativo.

La stessa teoria dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento – valorizzando il momento dell'accertamento rispetto a quello costitutivo – si muove sempre entro i confini dell'interesse legittimo. L'eventuale statuizione sopra un diritto soggettivo – nel caso di specie sopra un presunto indebito oggettivo – è del tutto ultronea rispetto al rapporto amministrativo oggetto del giudizio e, segnatamente, al bene della vita cui anela il titolare di un interesse legittimo oppositivo.

La diversità di *causae petendi* osta all'estensione del giudicato implicito sopra diritti soggettivi, sorti in occasione del “contatto” con l'amministrazione, autonomi rispetto all'interesse legittimo che si assume essere vulnerato.

A ben vedere, anche la lettera dell'art. 8 c.p.a. suggerisce una lettura restrittiva dell'ambito oggettivo del giudicato amministrativo, nella misura in cui preclude al giudice amministrativo di conoscere con efficacia di giudicato, al di fuori delle materie in cui ha giurisdizione esclusiva, questioni concernenti diritti soggettivi.

Tornando al caso di specie, la Nestlé, in sede di ottemperanza, denunciava la violazione da parte dell'amministrazione del giudicato precedentemente formatosi, al seguito del giudizio

di impugnazione della nota n. 2399 dell'AGEA, annullata per meri vizi procedurali. Secondo la Nestlé il recupero degli aiuti di Stato attraverso un'ingiunzione di pagamento, emessa ai sensi del r.d. 639/1910, avrebbe in sostanza eluso il giudicato formatosi sul diritto a trattenere gli aiuti.

Se, tuttavia, ci si persuade del fatto che è la funzione stessa del processo amministrativo ad ostare ad un'estensione dell'ambito oggettivo del giudicato che trascenda dal giudizio sull'esercizio del potere, finanche a comprendere una posizione giuridica diversa rispetto a quella su cui si è svolta la cognizione, la pronuncia in commento si rivela essere immune da censure.

Le statuizioni sopra il diritto soggettivo della Nestlé a trattenere l'aiuto di Stato, contenute nella sentenza del TAR Lazio del 29.05.2015, n. 7637[53], non possono che avere efficacia di mero *obiter dictum*[54] siccome del tutto svincolate da un accertamento sopra il modo di esercizio del potere amministrativo, vero oggetto della giurisdizione di legittimità.

A ragionare diversamente si corre il rischio di ammettere che la preclusione da giudicato implicito possa addirittura trascendere il riparto di giurisdizione. Il giudice amministrativo, investito della giurisdizione di legittimità non può, *per contra*, pronunciarsi con efficacia di giudicato su diritti soggettivi, sconfinando nella giurisdizione del giudice ordinario, a pena di violare i limiti esterni alla propria giurisdizione.

Inoltre, è la stessa sentenza del TAR Lazio n. 7637 del 2015 ad affermare che l'ambito oggettivo della pronuncia è circoscritto al motivo d'impugnazione accolto. Benché sia stata di recente introdotta la regola del *one shot*, il giudicato amministrativo non è connotato dalla medesima tendenza onnivora del giudicato civile, tale da estendersi anche alle questioni su cui le parti non si sono direttamente confrontate ma che assumo valore di questione la cui risoluzione è logicamente necessitata per decidere sopra l'effetto giuridico dedotto in giudizio.

È legittimo chiedersi, invece, in una prospettiva *de iure condendo*, se l'avvicinamento tra i due ordini di giurisdizioni, attraverso l'estensione dei "motivi inerenti alla giurisdizione", non prelude ad una loro unificazione, la quale porterebbe con sé la piena promiscuità delle regole del processo civile[55].

In tale ipotesi, benché sia fuori discussione l'estensione del giudicato amministrativo a questioni di diritto soggettivo originate dal semplice "contatto" con l'amministrazione, le quali, *per converso*, trovano fonte in fatti giuridici del tutto autonomi rispetto alla pretesa azionata dinanzi al giudice amministrativo, la valorizzazione del giudicato implicito professata dalle Sezioni Unite[56] potrebbe essere esportata nel processo amministrativo sì da comportare, per un verso, il superamento della simmetria tra ambito oggettivo del giudicato e motivi del ricorso, per un altro, precluderebbe all'amministrazione qualsiasi

forma di riesercizio del potere sfavorevole al privato che abbia ottenuto una pronuncia favorevole, ad esclusione dell'ipotesi in cui una sopravvenienza di fatto o uno *ius superveniens* incidano su un tratto del rapporto non esaurito dal passaggio in giudicato della sentenza e come tale non impermeabile a future modificazioni.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] Cfr. TAR Lazio, 29.05.2015, n. 7637, secondo cui “*dall'intervenuta revoca del provvedimento di sospensione degli aiuti e dall'archiviazione dei verbali [...] con la accertata prescrizione del diritto a riscuotere le somme dovute in forza dei predetti verbali, trova conferma l'esclusione della debenza delle somme da parte della società Nestlé in ordine agli aiuti relativi agli anni 1989, 1990, 1991, va riferita agli atti impugnati ed ai vizi dedotti riguardo ad essi*”.
- [2] Cons. St., sez. III, 03. 09. 2018, n. 5159.
- [3] V. *infra* par. 5-6.
- [4] Per i rilievi istituzionali si rimanda a A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 347 ss.; v. anche A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 341 ss.; B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la traslatio le S.U. riscrivono l'art. 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1589 ss.; G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 367 ss.
- [5] Per una ricostruzione dallo Stato liberale ad oggi del sindacato della Cassazione sulle sentenze rese dal Consiglio di Stato si rimanda a V. VISIONE, *La violazione del diritto europeo come ipotesi di eccesso giurisdizionale*, in questa rivista, 3, 2021, 4 ss.
- [6] Tra le tante v. Cass., sez. un., 19 settembre 2019, n. 22784; Cass., 29 aprile 2005, n. 8882; Cass., 15 marzo 1999, n. 137; v. anche la più risalente Cass., 23 febbraio 1924, *Mutua Marittima Nazionale c. Ministero della Marina*.
- [7] Cass., sez. un., 11 ottobre 1952, n. 3008; Cass., sez. un., 26 luglio 2011, n. 16246.
- [8] Così R. VILLATTA, *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 643.
- [9] I. M. MARINO, *Corte di Cassazione, e giudici “speciali”*, in AA.VV. *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano Giuffrè, 1992, 173
- [10] Così V. VISIONE, *La violazione del diritto europeo come ipotesi di eccesso giurisdizionale*, cit., 6 ss; v. anche R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” e ricorso per “violazione di legge”*, in F. FRANCIOSI E M. A. SANDULLI (a cura di), *La Sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, 280.
- [11] Si allude a Cass., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242.
- [12] Per un'impostazione generale del problema si rimanda a A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 347 ss.; in senso favorevole all'estensione v. A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, cit., 341 ss. In giurisprudenza, Cass., sez. un., 18 dicembre 2001, n. 753, secondo cui nei “motivi inerenti alla giurisdizione” sarebbero riconducibili le questioni concernenti la distinzione tra giurisdizione di merito e di legittimità, intese come questioni relative all'articolazione interna della giurisdizione amministrativa; Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659, secondo cui il ricorso è da considerarsi ammissibile allorché il Consiglio di Stato abbia dichiarato inammissibile la domanda di risarcimento del danno per violazione dell'interesse legittimo proposta senza che fosse prima impugnato il provvedimento foriero del danno ingiusto. In altri termini, la Cassazione ammetteva il ricorso *ex art. 111, comma 8°*, Cost. per censurare l'indirizzo seguito dal Consiglio di Stato che affermava il rapporto di pregiudizialità tra azione di annullamento del provvedimento amministrativo rispetto all'azione di condanna per lesione dell'interesse legittimo; Cass., sez. un., 16 gennaio 2007, n. 753, aveva ammesso il ricorso anche per far valere gravi vizi formali come la partecipazione al collegio giudicante di persone prive della qualità di giudice.
- [13] R. VILLATTA, *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, cit., 637.
- [14] Cass. civ. sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226, in *Foro it.*, 2018, 5, I, 1709, secondo cui «Non costituiscono diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori “in procedendo” o “in iudicando”, ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore “in procedendo” costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia».

[15] Cfr. Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 6, in *Giur. Cost.*, 1, 2018, 0122D, con nota adesiva di SIGISMONDI, secondo cui «In questo modo la Corte costituzionale esprime due messaggi forti: da un lato ricorda implicitamente l'esistenza di precisi limiti oltre i quali l'interprete non può forzare il dato normativo, anche rispetto alle finalità ritenute più opportune e meritevoli di perseguimento, segnando quindi una soluzione di continuità rispetto a orientamenti e posizioni dottrinali favorevoli a riconoscere un ruolo nuovo (ed eventualmente suppletivo) alla giurisprudenza. Soprattutto quando tale operazione ermeneutica riguardi nozioni fondamentali, come quella di giurisdizione; dall'altro, ponendosi ancora una volta in una linea di ideale continuità con la sentenza n. 123 del 2017, ribadisce che il coordinamento tra l'ordinamento interno e le indicazioni provenienti dalle corti internazionali e sovranazionali non può fondarsi su uno stravolgimento degli strumenti processuali attuato in via interpretativa»; e di A. TRAVI, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2018, 1111 ss., il quale, benché sia favorevole al superamento dell'attuale assetto pluralistico delle giurisdizioni, afferma che la lettura eversiva dei "motivi inerenti alla giurisdizione" rappresenta uno sconfinamento del potere giudiziario nelle prerogative del legislativo; in altri termini, una funzionalizzazione del rimedio ex art. 111, comma 8°, Cost. non può prescindere da una riforma costituzionale che implementi il testo costituzionale con l'orientamento *Eu-friendly* proprio del diritto vivente.

[16] Cass., sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598, in *Guida al diritto*, 2020, 39, p. 43, le quali hanno chiesto alla Corte di giustizia se «il diritto europeo osti a una prassi interpretativa dell'111, ottavo comma, della Costituzione, così come interpretato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018, che preclude il ricorso in cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio; - se il diritto europeo osti a una prassi interpretativa dell'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione, che preclude il ricorso in Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato che omettano di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, previste dal diritto europeo, con l'effetto di pregiudicare la uniforme applicazione di quest'ultimo e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione; - se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia (sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C-100/12), in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, tese ad affermare in materia di appalti pubblici l'obbligo del giudice nazionale di esaminare nel merito le censure proposte da un ricorrente pur in presenza in una eccezione o di un ricorso incidentale escludente volto a contestare la sua legittimazione processuale siano stati violati dal Consiglio di Stato che, nella fattispecie oggetto del procedimento principale, che abbia ritenuto l'impresa esclusa da una gara di appalto non legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara».

[17] «La Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati. Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

[18] Cfr. G. COSTANTINO, A. CARRATTA e G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte di Giustizia. Note a prima lettura di Cass. SS. UU. 18 settembre 2020 n. 19598*, in www.questionegiustizia.it, 15.

[19] Ma in senso diametralmente opposto V. G. TROPEA, *Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione»* (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598), in www.giustiziainsieme.it; V. VISIONE, *La violazione del diritto europeo come ipotesi di eccesso giurisdizionale*, cit., 29 ss., secondo cui l'estensione dei motivi inerenti alla giurisdizione significherebbe un'usurpazione delle attribuzioni riservate dalla Costituzione al giudice amministrativo. Che dietro l'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia vi siano «interessi di bottega» è indubbio; al contempo, tuttavia, è indubbio che il sistema della

giustizia amministrativa sia foriero di rendere irreparabile il maturato contrasto con il diritto dell'Unione, in specie nelle ipotesi in cui non vi sia spazio, né opportunità, per il giudizio di ottemperanza, ultima finestra di cognizione per dedurre le asserite violazioni del diritto dell'Unione.

[20] Tra le tante V.: Cass., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242, in Foro it., 2016, I, c. 327 ss., con osservazioni di D. OCCHIETTI; Cass., sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226, ivi, 2018, I, c. 1709 ss., con nota di G. SIGISMONDI, che ha annullato la sentenza del Consiglio di Stato che aveva fatto applicazione di una regola processuale interna tale da negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea; Cass., sez. un., 18 dicembre 2017, n. 30301, che include nel sindacato sul rispetto dei limiti esterni di giurisdizione del Consiglio di Stato il caso in cui l'errore si sia tradotto in un'interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di giustizia; in quest'ultimo senso anche Cass., sez. un., 17 gennaio 2017, n. 953; Cass., sez. un., 8 aprile 2016, n. 6891, in Foro it., 2016, I, c. 1667 ss. Nello stesso senso, V. Ad. Plen. del Consiglio di Stato del 9 giugno 2016, n. 11, in Foro it., 2017, III, c. 186 ss., che avalla l'orientamento delle Sezioni unite secondo cui l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea dà luogo alla violazione di un limite esterno della giurisdizione, sindacabile ex art. 111, comma 8°, Cost.

[21] G. COSTANTINO, A. CARRATTA e G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte di Giustizia. Note a prima lettura di Cass. SS. UU. 18 settembre 2020 n. 19598*, cit., 18.

[22] Parole mutuare da G. COSTANTINO, A. CARRATTA e G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte di Giustizia. Note a prima lettura di Cass. SS. UU. 18 settembre 2020 n. 19598*, cit., 20.

[23] Sull'opera di funzionalizzazione degli istituti processuali del diritto interno forieri di violare il diritto comunitario, con particolare riguardo al giudicato nazionale anticomunitaria, si rinvia, *si vis*, alle considerazioni già svolte in G. DE CESARE, *Il caso CSTP: Azienda della mobilità S.p.A. c. Commissione: il giudicato nazionale cede al principio della primauté, storia di una caduta (annunciata)?* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 2020, 1421 ss., spec. 1427; sul rapporto tra il principio di autonomia processuale degli Stati membri e le esigenze di effettività della tutela delle posizioni giuridiche di vantaggio comunitarie, con particolare riguardo alla tutela del consumatore, V. A. ANDOLFI, *L'incidenza del canone di effettività del diritto dell'Unione sulla disciplina processuale: l'esperienza spagnola*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 2020, 1255 ss.

[24] Su cui v. A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione Europea e processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2015, 1400 ss., spec. 1403; C. CONSOLO, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla CEDU a sua volta)*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII convegno nazionale della Associazione fra gli studiosi del processo civile (Verona, 25-26 Settembre 2009), Bologna, 2011, 227. Nella giurisprudenza europea v. Corte giust., sentenza del 14 dicembre 1995, in causa riunite C-430/93 e C-431/93, *Van Schijndel*, in "www.curia.eu" secondo cui l'obbligo di interpretazione conforme gravante sul giudice nazionale si risolve in un dovere di "funzionalizzazione" degli istituti giuridici interni in guisa tale da permettere la corretta applicazione del diritto dell'Unione, per perseguire l'obiettivo primario di garantire il primato del diritto europeo. Sulla centralità del principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia si veda ØLIKKE, *State Aid as a Defence for Public Authorities?* in *EStAL*, 2, 2016, 286 ss., spec. 288, il quale sostiene che «only the principle of effectiveness was relevant; it requires that the application of EU law must not be made impossible [...] by national procedural rules».

[25] Così P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2015, 409.

[26] V. Corte giust., 30 settembre 2003, causa C-224/2001, *Kobler*, in www.curia.eu; Corte giust., 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 1591 ss., con nota di P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*;

Corte giust., sentenza 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Olimpiclub*, commentata da C. CONSOLO, *Il percorso della Corte di Giustizia, la sentenza Olimpiclub e gli eventuali limiti di diritto europeo all'efficacia esterna ultrannuale del giudicato tributario (davvero ridimensionato in funzione antielusiva Iva del divieto comunitario di abusi della libertà negoziale?)*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 1143 ss.; Corte giust., 10 luglio 2014, causa C-213/13, *Pizzarotti*, in www.curia.eu; Corte giust., 11 novembre 2015, causa C-565/14, in www.curia.eu; da ultimo, sul contrasto tra giudicato nazionale e obiettivi dell'Unione, Corte giust., sez. IX, 4 marzo 2020, causa C-587/18, *CSTP Azienda della mobilità S.p.A. c. Commissione*, in www.curia.eu.

[27] R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in Atti del XXVII convegno nazionale della Associazione fra gli studiosi del processo civile (Verona, 25-26 Settembre 2009), Bologna, 2011, 373.

[28] Così C. CONSOLO, *Il flessibile rapporto*, cit., 233.

[29] V. *supra* nota 24.

[30] In generale e senza pretese di esaustività sull'oggetto della giurisdizione amministrativa si vedano G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, ristampa del 1965, 332 ss.; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 589 ss.; M. S. GIANNINI e S. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 229 ss.; M. S. GIANNINI, *Discorso sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.; A. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed. (a cura di E. CARDI e A. NIGRO), Bologna, 2002, 33; ID, *Processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma 1991 (ora in *Scritti giuridici*, III, 1996, 2079 ss.)

[31] In tal senso I. PAGNI, *Processo amministrativo «sull'atto» e processo civile a confronto: considerazioni di un processualcivilista*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2020, 1486 ss.

[32] Espressione presa a prestito da C. CONSOLO, *il processo amministrativo tra snellezza e «civilizzazione»*, in *Corr. giur.*, 2000, 1265 ss. È stato messo in evidenza da M. CLARICH, *Il processo amministrativo a rito ordinario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1058 ss., che l'evoluzione in chiave soggettiva della giurisdizione amministrativa porta con sé quale conseguenza la marginalizzazione della figura dell'interesse legittimo.

[33] Sul punto v. A. CORPACI, *Il codice del processo amministrativo tra effettività della tutela e problemi di durata del rito ordinario*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 609 ss.; A. DALFINO, *Disposizioni di rinvio e principi generali*, in *Il Codice del processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2010, V, 228; G. ROMEO, *La giustizia amministrativa: passato, presente, futuro*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 271 ss.

[34] Sul giudicato amministrativo, senza pretese di completezza, F. BENVENUTI, voce *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1969; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989; A. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983, 63 ss.; ID, *Giustizia amministrativa*, VI ed. (a cura di E. CARDI e A. NIGRO), Bologna, 2002, p. 313 ss.; P. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990; più di recente, I. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VI ed., Torino, 2014, p. 587 ss.; L. FRANCARIO, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 4, 1025 ss.

[35] Sul vivace dibattito intorno la natura dell'interesse legittimo si rimanda all'interessante saggio di F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo tra storia e teoria*, Torino, 2017. Per una recente critica delle concezioni tradizionali dell'interesse legittimo (sostanziali e strumentali) cfr. B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. Amm.*, II, 2019, 275 ss., il quale, invece, caldeggia una definizione di interesse legittimo basata sui poteri amministrativi e sulle posizioni degli amministrativi rispetto ad essi, perché è proprio da questi aspetti che dipende il bene della vita cui aspira l'amministrato. Nello stesso senso cfr. F. G. SCOCA, *L'interesse*, cit., 445, allorché afferma: «per valutare in concreto il grado di tutela dell'interesse legittimo (dei singoli interessi legittimi) è necessario conoscere il modo in cui sono disciplinati i singoli poteri precettivi altrui. Tuttavia, come le singole ipotesi di potere, nonostante la diversa loro disciplina, restano sempre riferibili alla nozione (unitaria) di potere,

così gli interessi legittimi, quale che sia il loro grado di tutela, sono comunque rapportabili all'unica figura teorica di interesse legittimo». Definisce, invece, l'interesse legittimo come un «reperto archeologico» F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, 78.

[36] G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. e società*, 2016, 203 ss., spec. 207.

[37] I. PAGNI, *Processo amministrativo «sull'atto» e processo civile a confronto: considerazioni di un processualcivilista*, cit., 1488.

[38] È stato sostenuto che a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo l'interesse legittimo non sarebbe più una nozione utile perché non sarebbe su di esso e sulla differenza rispetto al diritto soggettivo che si fonderebbe il criterio di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. In tal senso v. S. GIACCHETTI, *La rivoluzione silenziosa del codice di procedura amministrativa recita un requiem per l'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 335 ss., spec. 355, ove si afferma che «con un'ardita operazione di chirurgia genetica dal nucleo dell'oggetto del processo è stato estirpato il gene malato dell'interesse legittimo, sostituendolo con il gene sano del potere amministrativo» e ancora che la figura dell'interesse legittimo «aveva l'unica funzione di ritagliare, nell'area del giustiziabile che altrimenti avrebbe dovuto attribuirsi al giudice ordinario, un piano orizzontale, di minore spessore del diritto soggettivo, da affidare al giudice amministrativo [...]». Ma a ben vedere il superamento del criterio del riparto fondato sulla dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo è da retrodatarsi alla celebre sentenza delle Sezioni Unite, 4 luglio 1949, n. 1657 (pres. ed est. Ferrara), che ha individuato il criterio di riparto basato sulla carenza o cattivo esercizio del potere. Sicché l'art. 7 c.p.a. non avrebbe affatto innovato sul punto, limitandosi a recepire ciò che già era acquisito in giurisprudenza (v. *ex plurimis* Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204). Sull'identità di diritto sostanziale dell'interesse legittimo e contro le teorie negatrici dell'interesse legittimo, costruite sul rilievo che questo non fungerebbe più da criterio di riparto della giurisdizione, si rinvia a F. G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 569 ss.; ID, *L'interesse*, cit., 357 ss.

[39] Così G. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2017, 41 ss., secondo cui l'eccessiva valorizzazione di un giudicato implicito sarebbe fonte di plurime violazioni tra cui spiccano: il *vulnus* recato al diritto alla difesa e all'art. 101, comma 2°, c.p.c., poiché nell'ipotesi in cui il giudicato si formi implicitamente sulla validità di un contratto, in forza di una sentenza che ne abbia riconosciuto i soli effetti, si avrebbe un esito decisorio irrettrabile su di una questione non affrontata dalle parti; seguitando, la rimodulazione del giudicato quale «strumento onnipervasivo per impartire e dosare economia processuale, ragionevole durata, concentrazione dell'esperienza processuale sullo stesso rapporto», sarebbe foriera di una disgregazione dell'istituto, il quale si allontanerebbe dal fondamento classico *ut sit finis litium*. Per la critica dell'idea professata dalle Sezioni Unite, secondo cui la meccanica applicazione del giudicato implicito esterno valga quale efficace strumento di economia processuale, si rimanda A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2015, 1560 ss., spec. 1565, ove si dice che se da un lato la valorizzazione del giudicato implicito favorisce la diminuzione del numero di fascicoli, dall'altro, invece, porta ad un effetto inflativo delle questioni trattate nel singolo processo, «poiché rende attuale un interesse a dedurre che sarebbe altrimenti solo potenziale» sicché il risultato complessivo in termini di economia processuale è tendenzialmente negativo; ID, in *La crisi del giudicato, atti del XXX convegno nazionale*, Cagliari 2-3 ottobre 2015, 2017, p. 355; v. anche ID, *Efficienza della giustizia civile e culture della riforma*, Milano, 2017, 20 ss., per un'analisi del rapporto tra estensione del giudicato implicito sul merito, coerenza della lite e ragionevole durata del processo.

[40] Su cui da ultimo L. PICCININI, *Azioni di impugnativa negoziale e oggetto del processo*, in *Riv. dir. proc.*, III, 2020, 1084 ss., spec. 1094, secondo cui, se, da un lato, l'arresto delle Sezioni Unite è apprezzabile siccome ha operato una sistematizzazione della materia, dall'altro, non si sottrae a censure d'incongruenza; infatti, la S.U. per ampliare i limiti oggettivi dal giudicato, si da ricomprendere anche il rapporto fondamentale non dedotto nei giudizi di impugnativa negoziale, hanno postulato un corrispondente allargamento dell'oggetto del processo «formalizzandone un'anomala asimmetria». L'oggetto del processo è *naturaliter* segnato dalla domanda giudiziale, non dal giudicato. Secondo l'A, Per una sorta di eterogenesi dei fini la Corte – «nel tentativo di stabilizzare e armonizzare su larga scala le sorti del rapporto contrattuale» – è giunta ad affermare, sdoganando il giudicato implicito, che l'oggetto del processo può estendersi a punti di merito non conosciuti dalle parti ovvero non dedotti, il che, in un certo senso, comporta una compressione del diritto alla difesa.

- [41] Così Cons. St., sez. III, 21. 11. 2019 n. 7934, in *Foro Amministrativo*, II 2019, 11, p. 1793 ss.; più di recente, nello stesso senso, Cons. St., sez. III, 24. 09. 2020, n. 5585.
- [42] Su cui, per tutti, E. ALLORIO, *Per una teoria dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 186 ss.
- [43] Così C. CALABRÒ, voce *Giudicato*, in *Enc. giur. Treccani*, 2002, 7.
- [44] In tal senso, F. BENVENUTI, *Giudicato*, cit., 903; v. anche R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 369 ss
- [45] C. CALABRÒ, voce *Giudicato*, cit., 2.
- [46] Così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 1006.
- [47] In tal senso, Cons. St., Sez. V, 18. 01. 2017, n. 202, secondo cui «*Nel processo amministrativo, il giudicato si forma in relazione ai motivi di impugnazione e non anche alle affermazioni ulteriori contenute nella sentenza non strettamente necessarie a dirimere la lite nei limiti delle domande proposte; di conseguenza ogni argomentazione eccedente la necessità logico-giuridica della decisione è qualificabile come "obiter dictum" insuscettibile di divenire giudicato in senso sostanziale*». In generale sui limiti oggettivi del giudicato amministrativo v. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIII ed., Torino, 2019, 311 ss.
- [48] Cfr. L. FERRARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro delle garanzie procedurali*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Padova, 2007, II, 83 ss.; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 279 ss.
- [49] Corifeo della battaglia contro la concezione autoritaria e centralista dei rapporti tra amministrazione e amministrati fu F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in onore di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, 812, secondo cui «*l'evoluzione della costituzione materiale [...], pur nel contrasto di norme legislative ordinarie che spesso si rifanno a concezioni autoritarie e centralistiche, indubbiamente spinge, come dato dalla coscienza sociale, verso un riconoscimento al cittadino di una posizione di paritarietà nei confronti dell'Amministrazione*». Concezione da ultimo accolta anche da Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, in www.giustamm.it, con nota di Cerreto, ove si legge, al par. 30.2, che i principi di collaborazione e buona fede introdotti nell'art. 1 della l. <https://www.giustamm.it> rappresentano un indice del progressivo orientamento del nostro ordinamento verso un'idea di "diritto amministrativo paritario", per usare una celebre formula dottrinale di quasi mezzo secolo fa, coerente con i principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione fissati dall'art. 97 Cost. Un'idea del diritto amministrativo che postula un modello di pubblica amministrazione permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione, consapevole dell'impatto che l'azione amministrativa produce sempre sulla sfera dei cittadini e delle imprese ed orientato al confronto leale e rispettoso della libertà di determinazione negoziale dei privati».
- [50] Così Cons. St., ad. plen., 15.01.2013, n. 3, su cui si veda M. TRIMARCHI, *Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'adunanza plenaria* <https://www.giustamm.it>, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 393 ss.
- [51] G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. Proc. Amm.*, IV, 2017, 1258 ss.
- [52] A. DI CAGNO, *Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 3, 2020, 731 ss., spec. 733.
- [53] V. *supra* nota 1.
- [54] Non diversamente, Cons. St., sez. VI, 03. 07. 2014, *Foro Amministrativo*, II, 2014, 7-8, p. 2025.
- [55] Trattasi ovviamente di un'unificazione che non è raggiungibile a Costituzione invariata come avverte anche F. G. SCOCA, *L'interesse*, cit., 485; così anche A. ORSI BATTAGLINI, *In limine*, in *Dir. pubbl.*, 1995, VII, a cui si deve la paternità della nota formula "un soggetto, un diritto, un giudice"; nello stesso senso v. L. FERRARA, *La giustizia amministrativa paritaria e l'attualità del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1008 ss.
- [56] Vale la pena notare che la lezione delle Sezioni Unite sul rapporto tra domanda giudiziale, oggetto del giudizio e limiti oggettivi del giudicato è stata estesa dalla giurisprudenza della Cassazione anche al caso dell'impugnativa delle delibere assembleari. Sul punto cfr. Cass., sez. I, 4 maggio 2016, n. 8795, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 837 ss., con nota di S. A. Villata, la quale ha riconosciuto un'efficacia di accertamento della sentenza demolitoria della delibera assembleare oltre la mera efficacia invalidante. Di talché oltre all'eliminazione della delibera invalida il provvedimento giudiziale impone un certo modo di essere dei rapporti tra socio e società. L'analogia con il

processo amministrativo impugnatorio è evidente come sottolineato da I. PAGNI, *Processo amministrativo «sull'atto» e processo civile a confronto: considerazioni di un processualcivilista*, cit., 1522-23 ss., secondo cui “La centralità dell'atto, il suo formarsi attraverso un procedimento, il fatto che le situazioni soggettive in gioco rinvengano la loro disciplina nell'atto di esercizio del potere, e non soltanto nella norma che prevede il potere in capo al soggetto e ne disciplina i modi e le forme di esercizio, avvicinano dunque moltissimo il processo di impugnativa della delibera al processo di annullamento dell'atto amministrativo, accomunati dal paradigma del giudizio demolitorio e, al tempo stesso, dall'esigenza, avvertita in entrambi i settori, di individuare un'efficacia della pronuncia che vada al di là della portata meramente invalidante: in entrambi i casi, siccome l'atto è esercizio di una potestà che dopo il processo – diversamente dal potere datoriale di licenziamento – dovrà pressoché sempre essere riesercitata (sicché il processo inevitabilmente si inserisce nel flusso dell'attività e si pone come un momento intermedio tra l'esercizio passato e l'esercizio futuro della potestà), l'esigenza che la tutela giurisdizionale sia effettiva fa sì che la sentenza non possa limitarsi ad eliminare l'atto, ma debba porsi – come si è visto a proposito dell'efficacia conformativa della pronuncia del giudice amministrativo – come attività di identificazione del corretto modo di esercizio del potere”.

Bibliografia:

BENVENUTI F., voce *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1969;

BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 589 ss. CORPACI A., *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, pp. 341 ss.;

CACCIAVILLANI I., *Il giudicato*, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VI ed., Torino, 2014, pp. 587 ss.;

CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989;

FRANCARIO L., *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 4, pp. 1025 ss.

GIANNINI M. S., *Discorso sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, pp. 522 ss.;

GIANNINI M. S. e PIRAS S., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 229 ss.;

NIGRO A., *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983, pp. 63 ss.;

NIGRO A., *Processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma 1991 (ora in *Scritti giuridici*, III, 1996, pp. 2079 ss.);

NIGRO A., *Giustizia amministrativa*, VI ed. (a cura di E. Cardi e A. Nigro), Bologna, 2002, pp. 33;

SASSANI B., *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la traslatio le S.U. riscrivono l'art. 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1589 ss.;

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019;

VERDE G., *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 367 ss.;

VILLATTA R., *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 643 ss.;

VIPIANA P., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990.

LA GESTIONE DELL'IMPRESA E LA GOVERNANCE DEI TIPI SOCIETARI ALLA LUCE DEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

Il presente contributo, mediante l'analisi delle modifiche al codice civile recate dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, si propone di indagare le novità normative in materia di gestione dell'impresa e di funzioni degli organi sociali, evidenziandone le maggiori criticità sotto il profilo della governance dei tipi societari, non senza passare in disamina le letture proposte dalla dottrina e la soluzione adottata - da ultimo - dal legislatore.

autore **Antonio Aprile**

Abstract ENG

Through the analysis of the amendments to the civil code made by the new Code of the business crisis and insolvency, this work aims to study in deep the regulatory changes regarding the company management and the functions of the corporate members, highlighting the main criticalities from the point of view of the different types of companies governance, not without examining the thesis proposed by the doctrine and the solution adopted - most recently - by the legislator.

Sommario: 1. Premessa; 2. Il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c.: i destinatari della disciplina; 3. L'attribuzione esclusiva delle competenze gestorie agli amministratori; 3.1. Le interpretazioni "eversive" delle precedenti regole di *governance*; 3.2. Le tesi "riduzioniste"; 4. Conclusioni.

1. Premessa

Il risanamento dell'impresa, che reca con sé – quali necessari corollari – i profili della prevenzione e della tempestività dell'intervento, è oramai un valore profondamente sedimentato nel terreno dell'ordinamento comunitario e, pertanto, reiteratamente affermato in numerosi testi normativi sovranazionali, il cui *leitmotiv* può essere individuato nella convinzione per cui l'impresa deve poter procedere alla ristrutturazione in una fase precoce, non appena sia evidente che sussiste probabilità di insolvenza.

Ricevendo la spinta delle sollecitazioni unionali, il legislatore interno – in attuazione della L. delega 19 ottobre 2017, n. 155 – ha emanato il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, di cui al d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, intendendo con esso introdurre (o,

forse, solo specificare) il principio secondo il quale la crisi e l'insolvenza non devono solo essere gestite, ma anche prevenute.

Il nuovo impianto codicistico getta le basi della concorsualità preventiva, prendendo le mosse dal condiviso presupposto che *“le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore e che, viceversa, il ritardo nel percepire i prodromi di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile ed a rendere perciò velleitari – e non di rado addirittura ulteriormente dannosi – i postumi tentativi di risanamento[1]”*.

La corretta impostazione di una *rescue culture* dell'impresa necessita, dunque, di attribuire una più vigorosa significatività alla fase anteriore all'insorgenza di cause di crisi. Ne consegue che *“è quello dell'organizzazione d'impresa, quindi del diritto dell'organizzazione, il miglior terreno di coltura di una via salutistica e preventiva[2]”*.

Sulla scorta di tali considerazioni, il nostro legislatore delegato, con le modifiche al codice civile apportate dal d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, ha introdotto l'obbligo per l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, di dotarsi *ab origine* di sistemi di presidio del rischio di crisi.

Più in dettaglio, l'art. 375 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha completamente innovato sull'art. 2086 c.c., modificandone la rubrica da *“Direzione e gerarchia nell'impresa”* a *“Gestione dell'impresa”* e aggiungendo un secondo comma a quello originario, ora divenuto primo, che, immutato, così recita: *“l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori”*.

La disposizione di recente formulazione, invece, ha cura di disporre che *“l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”*.

2. Il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c.: i destinatari della disciplina

La disposizione normativa di nuovo conio, pur essendo inserita tra quelle che disciplinano la figura dell'imprenditore in generale, si rende applicabile, per espressa previsione, esclusivamente a coloro che gestiscono imprese *“in forma societaria e collettiva”*. Il legislatore delegato, dunque, non ha voluto che la disposizione si applicasse anche all'imprenditore individuale, prescindendo del tutto dalle grandi, medie, piccole o

piccolissime dimensioni dell'attività economica che egli svolga.

Pur adottando l'angolo visuale di chi ha accolto favorevolmente la restrizione dell'ambito soggettivo di applicazione del dovere di cui al secondo comma dell'art. 2086 c.c., fondando le proprie argomentazioni sull'assunto che quella prescrizione sarebbe risultata troppo gravosa (in termini di costi e di impegno di risorse) per l'imprenditore individuale^[3], la scelta del legislatore è ampiamente suscettibile di opinabilità.

Infatti *“il riferimento alla “natura e alle dimensioni dell'impresa” avrebbe comunque circoscritto l'obbligo a forme elementari di organizzazione che, a ben vedere, sono necessarie in qualunque impresa, quanto meno nell'impresa individuale commerciale o agricola non piccola^[4]”*. Le preoccupazioni che molti avanzavano, e a cui si è appena fatto cenno, avrebbero dovuto trovare soluzione nella stessa *“clausola generale”* della disposizione. In altri termini, grazie al carattere relativo del principio di adeguatezza, *“la differenza di dimensioni e di complessità delle operazioni economiche permette di affermare che gli imprenditori possano adottare standard differenti e diverse modalità concrete per obbedire all'imperativo posto dalla legge secondo le circostanze di fatto^[5]”*.

Ancora, l'attività imprenditoriale, grande o piccola ovvero individuale che sia, non può fisiologicamente essere disorganizzata. Lo stesso art. 2082 c.c., nel definire l'imprenditore come colui che *“esercita un'attività economica organizzata”* lascia intendere che il dovere di dotarsi di codici organizzativi adeguati risponde ad una necessità generale che è insita nella natura stessa dell'attività imprenditoriale, in qualunque forma o dimensioni essa sia espletata.

Deve essere quindi confutata anche la tesi di quella dottrina che ritiene che la scelta del legislatore (di escludere l'imprenditore individuale dal novero dei soggetti cui si applica l'art. 2086, comma 2, c.c.) sia stata dettata dalla presunzione per cui l'imprenditore individuale gestisca imprese così marginali da poter essere sempre amministrare con mezzi inadeguati. Da un lato, si tratta di una presunzione priva di fondamento logico-ontologico; dall'altro, la necessità di un modello organizzativo adeguato si adatta – per definizione – a qualsiasi impresa.

Altri, ancora, esprimendo grande entusiasmo per il nuovo dettato dell'art. 2086, giustificano la scelta del legislatore delegato ancorandola ad una ragione squisitamente tecnico-giuridica. Infatti, affermano che i doveri introdotti dal secondo comma *“costituiscono un debito dell'imprenditore verso l'impresa”* e danno luogo ad una responsabilità che *“si estroflette nei confronti di tutti i soggetti interessati a vario titolo alla conservazione dell'impresa^[6]”*.

Se quei doveri sono l'oggetto di uno specifico rapporto contrattuale, allora l'esclusione

dell'imprenditore individuale deriverebbe dall'impossibilità per quest'ultimo di essere contemporaneamente creditore e debitore della prestazione. Diversamente, nelle imprese organizzate in forma societaria o collettiva la ricostruzione interpretativa qui esaminata risulterebbe perfettamente adattabile: in queste ultime, il rapporto tra chi gestisce l'impresa e il soggetto che ne è titolare assume le vesti di un rapporto contrattuale. Non si determinerebbe, così, la problematica coesistenza in capo ad un medesimo soggetto delle figure di creditore e debitore.

Obiettano a tale interpretazione coloro che negano che il dovere di adeguata organizzazione si configuri alla stregua di una prestazione contrattuale, facendo leva sul fatto che il legislatore non si è esplicitamente espresso in tal senso. Quel dovere, a bene vedere, caratterizza la funzione di chiunque gestisca qualsiasi impresa.

Andando oltre i non sopiti dibattiti appena richiamati, anche il riferimento agli imprenditori che operano *“in forma societaria o collettiva”* – pacifici destinatari della disciplina dell'art. 2086, comma 2, c.c. – merita qualche considerazione.

Potrebbe sollevarsi il dubbio se l'aggettivo *“societaria”* abbia una forza attrattiva tale da includere, nel proprio ambito, anche la persona fisica che sia l'unico socio di una società a responsabilità limitata o di una società per azioni unipersonale.

Una risposta al quesito va probabilmente rintracciata nell'uso del successivo aggettivo *“collettiva”* che lascia intendere il riferimento ad ogni e sola impresa che sia *“metaindividuale, o più esattamente non semplicemente individuale”*^[7].

Inoltre, va precisato che la *“collettività”* comprende nel suo genere anche qualsiasi attività organizzata, definibile come impresa, che non si personifichi necessariamente nella forma della società. La disposizione quindi si applica, al di là delle società in senso stretto^[8], anche agli enti del terzo settore^[9] e ad ogni altra realtà imprenditoriale imputabile ad una collettività di persone.

Il d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, non relega l'imprenditore individuale nel vuoto normativo e gli dedica la disciplina dell'art. 3, comma 1, limitandosi a sancire per esso il dovere di *“adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte”*.

Il legislatore delegato parla di *“misure”* per l'imprenditore individuale e di *“assetto”* per l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva. Non può negarsi che si tratti di una *“opzione legislativa curiosa”*^[10], anche perché non appare molto chiara la differenza tra misure idonee e assetto organizzativo, e la limitazione potrebbe apparentemente spiegarsi solo relazionandola alla semplicità propria di un'impresa fondata sulla persona stessa

dell'imprenditore. La limitata estensione organico-strutturale però, come evidenziato, non autorizza l'imprenditore individuale ad agire con mezzi inadeguati: la scelta del legislatore delegato pecca, in ogni caso, di incoerenza.

3. L'attribuzione esclusiva delle competenze gestorie agli amministratori

L'art. 375 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha introdotto, mediante le modifiche recate all'art. 2086 c.c., una clausola generale di corretta gestione dell'impresa di carattere trasversale ai vari codici organizzativi dell'attività imprenditoriale.

Contestualmente, l'art. 377 del *Codice*, sotto la rubrica “*Assetti organizzativi societari*”, ha modificato gli artt. 2257, 2380-*bis* (e 2409-*novies* in caso di sistema dualistico) e 2475 c.c. (riguardanti rispettivamente la società di persone, la società per azioni e la società a responsabilità limitata), introducendo reiteratamente nel loro disposto, “*quale prima e inderogabile declinazione – in tutti i tipi societari – dell'adeguatezza degli assetti organizzativi*^[11]”, che “*la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*”.

Potrebbe ritenersi, subendo l'influenza di quanto argomentato da autorevole dottrina^[12], che l'estensione del principio dell'esclusività del potere di gestione degli amministratori – già previsto per le società per azioni con sistema di amministrazione tradizionale e monistico e per le società in accomandita per azioni – a tutti i modelli organizzativi societari, risponda alla necessità di rendere più agevole l'individuazione dei soggetti, titolari di una posizione di garanzia, cui imputare l'eventuale violazione dei doveri di adeguata organizzazione, di monitoraggio e di salvataggio, imposti anche dal secondo comma dell'art. 2086 c.c.

“Se così è, non si può far a meno di osservare che tale obiettivo è stato perseguito anche a costo di negare la realtà (per le imprese in cui i soci contano più degli amministratori), la tradizione legislativa (per le società di persone) e gli intenti proclamati dagli autori della riforma di quindici anni fa (per le società a responsabilità limitata)^[13]”.

Da un lato, per la disciplina della società per azioni, l'attribuzione agli amministratori di un potere esclusivo di gestione dell'impresa non costituisce una novità. Questa regola, che non era andata esente da critiche^[14], era infatti già stata coniata dalla riforma societaria del 2003 e ad essa faceva (e tuttora fa) da contraltare l'espressa previsione, contenuta nell'art. 2364 comma 1, della possibilità, per lo statuto, di prevedere, al di là degli oggetti attribuiti preventivamente dalla legge alla competenza dell'assemblea, ulteriori competenze autorizzatorie di quest'ultima, ferma restando in ogni caso la responsabilità degli amministratori.

Dall'altro lato, è invece *“del tutto sorprendente l'estensione di questa regola alle società di persone e alla società a responsabilità limitata con riguardo alle quali non si dubitava della possibilità per i soci di intervenire nelle decisioni relative alla gestione dell'impresa [15]”*.

Nella società di persone, riservare decisioni amministrative ai soci costituiva una pacifica possibilità cristallizzata nell'ultimo comma dell'art. 2257 c.c., il quale stabiliva (e, paradossalmente, tuttora stabilisce) che la maggioranza dei soci, determinata in base alla partecipazione agli utili, decide sull'opposizione di un amministratore in regime di amministrazione disgiuntiva.

Ancora, nella disciplina della società a responsabilità limitata, alla regola dell'affidamento dell'amministrazione della società *“a uno o più soci nominati con decisione dei soci”* (art. 2475, comma 1, c.c.) si accompagnava (e continua, oggi, ad accompagnarsi) la possibilità, espressamente prevista dall'art. 2479, comma 1, c.c., di attribuire ai soci la decisione su oggetti attinenti alla gestione della società. In secondo luogo, gli artt. 2468, comma 3 e 2476, comma 7, c.c., anche questi tuttora vigenti, prevedevano, il primo, la possibilità di riservare a singoli soci particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società e, il secondo, la responsabilità solidale dei soci con gli amministratori laddove essi (i soci) avessero intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.

Insomma, *“l'affermazione del carattere esclusivo del potere di gestione attribuito agli amministratori si inserisce come un copro estraneo nella disciplina di questi tipi sociali sollevando problemi di coerenza normativa di cui gli estensori della norma non hanno saputo cogliere le conseguenze, così come hanno completamente ignorato il dibattito, che ha preceduto e influenzato la riforma del 2003, sulla necessità di dotare la s.r.l. di una disciplina e di una struttura organizzativa maggiormente incentrate sulla figura del socio che ne accentuasse l'autonomia dalla società per azioni [16]”*.

A tal riguardo, lo stesso art. 3, comma 1, lettera a), della L. 3 ottobre 2001, n. 366, che delegò il Governo ad emanare il d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (il quale attuò la riforma organica del diritto delle società di capitali e cooperative), espressamente disponeva che la società a responsabilità limitata avrebbe dovuto essere retta da un autonomo ed organico complesso di norme, anche suppletive, modellato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci.

Il legislatore del 2003, dunque, perseguendo dichiaratamente l'intento di differenziare marcatamente le peculiarità strutturali della società a responsabilità limitata da quelle della società per azioni, aveva previsto discipline diverse quanto alla gestione dell'impresa.

Il sistema che ne derivò presentava, in definitiva, una globale coerenza, in quanto ad un modello *board-centred*, nella s.p.a., fondato sulla totale concentrazione di ogni potere e di ogni responsabilità in capo all'organo amministrativo, si contrapponeva un modello *equityholder-centred*, nella s.r.l., caratterizzato da una condivisione di potere tra amministratori e soci e dal conseguente coinvolgimento di questi ultimi – laddove se ne presentassero le condizioni – nella sopportazione di eventuali responsabilità risarcitorie.

Tuttavia, in verità, già da qualche tempo si era registrata in giurisprudenza una timida tendenza a privilegiare una lettura sorprendentemente transtipica di molti istituti societari, favorendo così un lento riavvicinamento dei regimi disciplinari delle diverse società. Si pensi, in via esemplificativa, all'applicazione anche alle società per azioni della disciplina dettata dall'art. 2467 c.c. in materia di finanziamento dei soci di società a responsabilità limitata^[17]; ovvero alla ritenuta esperibilità anche nei confronti degli amministratori di società a responsabilità limitata dell'azione dei creditori sociali^[18], che (dopo la riforma del 2003) risultava espressamente prevista solo nella disciplina del modello azionario.

Alle pronunce giurisprudenziali si sono accompagnate, nella medesima direzione di armonizzazione, anche le novelle legislative in tema di s.r.l. – PMI (sostanzialmente relative alla struttura finanziaria della s.r.l. – PMI), lasciando “*intravedere un possibile impatto indiretto sulla struttura organizzativa del modello non azionario, con interrogativi circa la (inadeguatezza dell'architettura della s.r.l., per come codificata nel 2003, e così la) possibile estensione del regime della s.p.a., con addirittura una possibile differenziazione del regime della s.r.l. a seconda del grado di perdurante chiusura, ovvero effettiva apertura, della compagine sociale [...] [19]*”.

Il legislatore delegato del 2019, sulla scia di quanto già anticipato dalla giurisprudenza, ha poi espressamente reintrodotta nella disciplina della s.r.l. l'azione di responsabilità dei creditori sociali, da ultimo citata, aggiungendovi anche la denuncia di gravi irregolarità, prevista dall'art. 2409 c.c., che sempre la riforma del 2003 aveva ritenuto appannaggio esclusivo della maggiore tipologia societaria.

La previsione della spettanza esclusiva – indifferentemente in tutte le società – della gestione dell'impresa in capo ai soli amministratori si innesta, dunque, in un processo di ibridazione e detipizzazione dei tipi societari, il quale favorisce la prevalenza, sul diritto delle società, del diritto dell'impresa, “*che sul piano della gestione e delle relative responsabilità in un certo senso supera e trascende il diritto societario [20]*”.

L'estensione dell'esclusività delle competenze gestorie degli amministratori desta, però, maggiori perplessità perché, in questo caso, “*non si tratta di colmare eventuali lacune della disciplina prevista per un tipo di società facendo riferimento a norme poste per altro tipo più o meno affine, o di ampliare la portata di una determinata norma quando appaia*

irragionevole circoscriverla unicamente ad un solo tipo di società^[21]”.

L’innovativa previsione, almeno ad una prima lettura, corre il rischio di compromettere uno degli aspetti più caratterizzanti delle s.r.l. e delle società di persone, che costituiva anche l’elemento di discriminazione rispetto al modello della società azionaria: l’attribuzione ai soci di un ruolo primario nella gestione e nella conduzione della società.

Inoltre, il quadro si fa ancora più insidioso laddove si consideri che le altre norme di diritto societario comune (*supra* richiamate) riguardanti le società di persone e a responsabilità limitata sono rimaste immutate, ponendo così, sempre almeno come prima impressione, una problematica antinomia tra le vecchie e le nuove regole di *governance*.

I primi commentatori del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza hanno prospettato, sul punto, diverse soluzioni interpretative, tra le quali si possono distinguere, da un lato, le tesi che esaltano la portata innovativa delle nuove regole di *governance* e che si mostrano, di conseguenza, come “eversive” delle precedenti regole, e dall’altro lato, le tesi “riduzioniste”, le quali, in un’ottica maggiormente conservatrice, riducono l’impatto riformatore dei nuovi precetti raccordandoli con l’assetto normativo preesistente.

3.1. Le interpretazioni “eversive” delle precedenti regole di *governance*

Tra le letture che esaltano la portata innovativa delle nuove regole di *governance* si colloca, in primo luogo, la tesi che, inquadrando il loro ambito di applicazione nel “diritto societario della crisi”^[22], ne sostiene l’applicabilità soltanto durante lo stato di crisi e di insolvenza, con conseguente sovversione, in quella fase, della tradizionale distribuzione normativa dei poteri gestori tra gli amministratori e i soci di società di persone e a responsabilità limitata.

Si ipotizza, così, che la preesistente disciplina di *governance* continui ad applicarsi regolarmente alle società di persone e a responsabilità limitata *in bonis*, mentre l’esclusiva attribuzione agli amministratori delle competenze gestorie dovrebbe acquisire vigenza, nella disciplina delle società menzionate, soltanto in prossimità dello stato di crisi e di insolvenza.

“Così interpretate, le nuove norme svolgerebbero la funzione di avocare in capo all’organo amministrativo la gestione esclusiva della crisi d’impresa societaria, superando gli inconvenienti derivanti dall’eventuale ostruzionismo frapposto dai soci nei confronti dell’adozione e dell’attuazione delle soluzioni finalizzate al superamento della crisi e al risanamento dell’impresa”^[23].

In effetti, il progressivo avvicinarsi dello stato “patologico” dell’impresa implica il verificarsi di ciò che una parte della dottrina e della giurisprudenza statunitense ha definito *shifting duty*: ossia, il mutamento di direzione dei doveri fiduciari degli amministratori e

degli obiettivi di gestione verso la tutela prioritaria degli interessi dei creditori^[24]. “*Se nella fase prodromica al conclamarsi della crisi gli amministratori sono tenuti ad effettuare un prudente arbitraggio tra l’interesse dei soci e quello dei creditori, con l’aggravarsi del dissesto interviene un mutamento nella graduazione degli interessi che investe l’organo amministrativo del dovere di orientare la gestione in modo da privilegiare la tutela dei creditori*^[25]”.

L’attribuzione esclusiva della gestione agli amministratori, secondo la soluzione interpretativa che si sta esaminando, dovrebbe discendere direttamente dal mutamento dell’interesse prevalente (che nello stato patologico dell’impresa coincide con quello dei creditori), il cui tentativo di soddisfacimento da parte degli amministratori non può subire i condizionamenti provenienti dai soci, né essere compromesso dall’eventuale assunzione di iniziative ad alto rischio (in termini economici) che i soci, forti della limitazione di responsabilità di cui godrebbero, sarebbero tentati ad intraprendere.

Militano a favore della tesi dell’applicabilità delle nuove regole di *governance* soltanto durante lo stato di crisi o di insolvenza anche due circostanze non da sottovalutare.

La prima è che uno degli obiettivi perseguiti dal legislatore delegato è quello di colmare la “*lacuna atavica*^[26]”, lasciata dalle precedenti stagioni riformatrici della legge fallimentare, riguardo alla regolamentazione della crisi dell’impresa societaria.

La seconda, invece, è che in passato è stata avvertita da più parti l’esigenza di intervenire – adattandolo – sul diritto societario ordinario per quanto concerne la definizione dei doveri di condotta degli amministratori di società durante la fase di avvicinamento (e aggravamento) dello stato patologico dell’impresa.

Tuttavia, le criticità e gli ostacoli che questa tesi, seppur suggestiva, incontra nel diritto positivo sembrano essere insuperabili e anche più solidi degli argomenti riportati a suo sostegno.

Innanzitutto, quelle recate dagli artt. 375 e 377 del *Codice* sono disposizioni “*che non presuppongono l’operatività della nuova disciplina della crisi d’impresa e, quindi, la loro entrata in vigore risulta anticipata rispetto a quella del complesso delle norme sulle nuove procedure concorsuali*^[27]”. L’esclusività della competenza gestoria degli amministratori anche nella società di persone e a responsabilità limitata prescinde, dunque, dall’approinarsi o dall’emersione dello stato di crisi o di insolvenza.

Inoltre, a ben vedere, l’obbligo di predisporre adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili che possano favorire l’emersione anticipata della crisi e, di conseguenza, il più agevole superamento della stessa, grava sugli amministratori soprattutto quando la società è

in bonis, altrimenti risulterebbe vanificata la *ratio* della disposizione. Pertanto, contrasta con la bontà di tale ragionamento, che è logico prima ancora che giuridico, la prospettiva che vorrebbe operanti le regole sui poteri di gestione degli amministratori di società di persone e di s.r.l. soltanto qualora si verificasse una situazione di rischio per la salvaguardia della continuità aziendale.

Ancora, è stato fatto notare che un legislatore “*dotato di un notevole profilo tecnico*”^[28], quale deve considerarsi quello che ha varato il codice di nuovo conio, se avesse voluto circoscrivere l’ambito di applicazione delle regole di *governance* al solo caso in cui la società versi in uno stato patologico, lo avrebbe espressamente stabilito.

La seconda tesi, che si colloca tra le interpretazioni che enfatizzano il carattere copernicano delle nuove disposizioni sulla gestione della società di persone e della s.r.l., afferma l’inopportunità, l’asistematicità, se non addirittura l’incostituzionalità delle nuove previsioni proprio facendo leva sulle (ingiustificate) dirompenti conseguenze che esse avrebbero sui tradizionali assetti normativi dei tipi societari in questione.

La dottrina in esame invoca una eventuale e risolutiva pronuncia della Corte Costituzionale argomentando dal dato che, pur essendo vero che l’art. 14, lettera *b*) della L. delega 19 ottobre 2017, n. 155, richiedeva al legislatore delegato di prevedere il dovere dell’imprenditore di istituire assetti organizzativi adeguati, “*è altrettanto vero che né in quell’articolo né in altra parte di quella medesima legge si prescrive di introdurre nel codice civile modifiche, e per di più così rilevanti, quanto al riparto delle competenze gestorie tra amministratori e soci delle società a responsabilità limitata e delle società di persone*”^[29].

Ma è proprio la difficoltà che si riscontra nell’immaginare che il nostro altamente qualificato legislatore (che, come si è ricordato, possiede notevoli competenze tecniche) abbia voluto sovvertire – in difetto di delega e in maniera così radicale – l’assetto normativo e strutturale di quelle società, a sancire definitivamente la debolezza della tesi in esame e a favorire, come si vedrà, delle letture più riduttive delle nuove norme, in un’ottica di contemperamento con la disciplina previgente.

La terza e ultima tesi (tra quelle connotate da un carattere eversivo della tradizionale disciplina) sostiene che le nuove disposizioni in materia di gestione di società personali e a responsabilità limitata, in quanto recate da un testo normativo cronologicamente successivo ed essendo incompatibili con le precedenti previsioni, abbiano avuto una portata abrogatrice implicita delle norme che riconoscevano ai soci, nei due tipi societari, la possibilità di essere titolari di poteri e competenze gestorie. Ciò, di conseguenza, avrebbe comportato l’obbligo di riformulare gli statuti delle s.r.l e delle società personali per adeguarli alle nuove formulazioni del codice civile.

È appena il caso di dedicare solo un breve cenno ad alcuni rilievi che pure potrebbero essere sollevati contro questa ricostruzione e che riguardano il già menzionato *vulnus* derivante, per un verso, da un'ipotetica illegittimità costituzionale delle nuove previsioni viziate da un eccesso di delega, e per l'altro verso, dalla difficilmente condivisibile teoria che un legislatore così qualificato come il nostro abbia optato per *“la tecnica ambigua dell'abrogazione tacita^[30]”*, al fine di incidere in maniera così radicale sulle caratteristiche tipologiche delle società in questione, consacrate da una consolidata tradizione legislativa.

Sembra, invece, più opportuno mettere in luce altre debolezze peculiari della tesi in esame e che potrebbero minarne la persuasività.

Anzitutto, l'abrogazione tacita dell'art. 2257, comma 3, c.c. *“lascerebbe nel totale vuoto normativo il problema che si porrebbe – nell'ipotesi di amministrazione disgiuntiva ex art. 2475, comma 3, c.c. – in caso di opposizione da parte di un (socio) amministratore^[31]”*. La risoluzione del conflitto, infatti, non potrebbe più essere devoluta alla maggioranza dei soci, spogliati ormai in quest'ottica di qualsiasi potere decisionale.

Inoltre, qualora alcuni soci delle società a responsabilità limitata fossero dotati di particolari diritti^[32], attinenti all'amministrazione della società, che siano inconciliabili con l'esclusiva competenza gestoria degli amministratori, essi verrebbero privati dei suddetti diritti senza godere di alcun indennizzo economico. Per di più, si verificherebbe una ingiustificata disparità di trattamento con i soci i cui particolari diritti riguardassero non l'amministrazione della società, bensì la distribuzione degli utili, non essendo state le relative norme coinvolte nella riforma del 2019.

Di particolare interesse è una variante della tesi in esame che, a detta dei sostenitori, consente di cogliere *“la vera portata innovativa del nuovo comma 1 dell'art. 2475”* e, di conseguenza, consente *“non già di leggere il nuovo articolo alla luce della vecchia disciplina^[33], bensì, al contrario, di ripensare le norme vigenti alla luce del primo^[34]”*.

La tesi in questione prende le mosse dalla considerazione preliminare per cui la totale coincidenza, anche lessicale, del principio stabilito per le s.r.l. dal comma 1 dell'art. 2475 c.c. con quello dettato per le s.p.a. dall'art. 2380-bis c.c., non può che rendere manifesto l'intento del legislatore delegato di favorire un forte avvicinamento dei modelli. Avvicinamento avallato, tra l'altro, anche dal fatto che, inserendosi le novellate disposizioni della disciplina delle società personali e a responsabilità limitata nell'ambito della crisi, o meglio della prevenzione di essa, è quanto mai opportuno che sia l'organo amministrativo, piuttosto che la disorganica compagine dei soci, a rivestire il ruolo di garante ed interlocutore unico.

Su queste premesse, questa tesi (similmente all'ultima corrente interpretativa esaminata)

ipotizza sì un'abrogazione tacita delle precedenti regole di *governance*, ma specifica che si tratti di un'abrogazione soltanto parziale, sostenendo che, pur riconoscendosi l'esclusività delle funzioni gestorie degli amministratori, potrebbero comunque restare ferme le competenze legalmente previste in capo ai soci.

Se nella disciplina della s.p.a., pur essendo pacificamente riconosciuta sin dalla riforma del 2003 l'esclusività della gestione degli amministratori *ex art. 2380-bis*, sono previste in diverse disposizioni^[35] deroghe legali di decisioni gestorie in capo ai soci, allora anche nella s.r.l., fermo restando l'esclusività gestoria degli amministratori, non dovrebbero essere riscontrate difficoltà nell'attribuire ai soci competenze legalmente previste.

Si tratta, allora, di ritenere implicitamente abrogate soltanto le competenze incompatibili con il disposto del nuovo primo comma dell'art. 2475 c.c., facendo residuare le competenze deliberative riservate ai soci dalla legge o dallo statuto in base ad una specifica legittimazione di carattere legale.

Scegliendo tra i possibili esempi^[36], residuerebbe la competenza decisionale dei soci di s.r.l., nell'ipotesi di amministrazione disgiuntiva, in caso di opposizione derivante dall'esercizio del diritto di veto di un amministratore (art. 2257, comma 3, c.c.). A tal proposito non è da sottovalutare che una soluzione interpretativa siffatta consentirebbe di colmare il vuoto normativo lasciato, proprio in ordine all'ipotesi disciplinata dall'art. 2257, comma 3, c.c., dalla tesi dell'abrogazione (tacita) totale, così come è stato già rilevato *ante*.

Infine, non potendo più sussistere, nella disciplina della s.r.l., un potere decisionale generalizzato del socio sulla gestione, salvi i casi di competenze legalmente previste, le competenze di cui all'art. 2479, comma 1, c.c. assumerebbero il significato e la natura di semplici autorizzazioni, prive di qualsiasi vincolatività esercitabile sulle scelte a cui viene deputato, ora anche nella s.r.l., l'organo amministrativo.

3.2. Le tesi “riduzioniste”

Le tesi “riduzioniste” sono così definite perché, attraverso un ridimensionamento teleologico dell'impatto dei nuovi precetti normativi, ne riconducono la portata entro l'alveo della legge delega, mettendo in atto un'operazione di raccordo con l'assetto normativo preesistente. Ciò non esclude tuttavia che, pur senza presentare profili eversivi della disciplina previgente, esse abbiano comunque, anche se con differenti intensità ed esiti, l'intento di “*valorizzare la capacità innovativa delle nuove disposizioni, calibrandone la portata nel senso dell'arricchimento, e poi del perfezionamento, del materiale normativo*”^[37].

Una prima tesi è quella della responsabilità diffusa per la gestione degli assetti societari.

Essa auspica di sanare le apparenti antinomie, create dalle nuove regole di *governance*, facendo leva sull'idea che il legislatore delegato, attraverso le disposizioni coniate, abbia voluto statuire che tutti i soggetti chiamati ad assumere decisioni gestorie nella s.r.l. e nelle società personali – siano essi titolari di poteri attribuiti dalla legge (gli amministratori) ovvero riconosciuti in via convenzionale (i soci) – hanno il dovere di concorrere con il loro operato all'adempimento dei doveri stabiliti dall'art. 2086, comma 2, c.c.

Dunque, i sostenitori dell'interpretazione in parola ritengono, non senza generare sconcerto negli studiosi, che la nuova formulazione del primo comma degli artt. 2257 e 2475 c.c. persegua l'effetto di stabilire che l'imprenditore su cui gravano gli obblighi stabiliti dal secondo comma dell'art. 2086 c.c. sia rappresentato non soltanto dall'organo amministrativo, ma anche dai soci che concorrono alla gestione della società.

Lo sconcerto cui si è accennato deriva indubbiamente dall'idea per cui, seguendo questa ricostruzione, il legislatore avrebbe esplicitamente attribuito esclusivamente agli amministratori la gestione della società con l'intento, però, di ottenere l'effetto antitetico di coinvolgere il maggior numero di soci nella eventuale responsabilità per *mala gestio*.

Non è necessario spendere ulteriori parole per far risaltare la fragile debolezza delle argomentazioni su cui si fonda questa prima tesi. Si aggiunge soltanto che l'ottavo comma dell'art. 2476 c.c., secondo cui sono solidalmente responsabili con gli amministratori i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi, già permette di ottenere il medesimo risultato cui aspira, faticosamente, la tesi della responsabilità diffusa.

Proseguendo nell'analisi delle tesi riduzioniste, la seconda è quella della necessaria intestazione formale della funzione amministrativa in capo agli amministratori.

Essa sostiene che, con le modifiche al codice civile che qui interessano, il legislatore delegato abbia voluto rendere indispensabile, anche nel modello della s.r.l., una organizzazione corporativa, seppur attenuata^[38], e quindi necessaria la nomina formale di un organo amministrativo. Ciò anche nell'ipotesi in cui l'atto costitutivo disponga l'amministrazione in capo a tutti i soci, essendo le qualifiche di amministratore e di socio distinte, anche se rivestite dagli stessi soggetti.

Anche stavolta risulta agevole obiettare alla ricostruzione proposta.

In primis, già dall'art. 2475-bis e dal quinto comma dell'art. 2475 – i quali stabiliscono, l'uno, che la rappresentanza della società spetta agli amministratori; l'altro, che ad essi è attribuita la funzione di redigere i progetti di bilancio, di fusione o di scissione nonché di decidere l'aumento delegato del capitale sociale – si sarebbe potuta ricavare l'inammissibilità di una s.r.l. priva di organo amministrativo, ossia di struttura corporativa.

In secundis, la questione era stata già affrontata nell'ambito degli orientamenti notarili e successivamente chiarita con la massima I.C.3 del Comitato triveneto dei notai del settembre 2004, “*Configurabilità necessaria di un organo amministrativo*”, secondo cui, “*stante la natura di società di capitali della s.r.l., deve ritenersi indispensabile la presenza formale di un organo amministrativo, anche nel caso che lo statuto preveda che l'amministrazione spetti necessariamente a tutti i soci. In quanto le qualifiche di amministratore e di socio sono distinte, anche se rivestite dagli stessi soggetti*”.

In tertiis, se le modifiche al codice civile operate dal legislatore delegato in materia di s.r.l. fossero state dettate dalla necessità di statuire l'indispensabilità di una struttura corporativa anche in questo tipo societario, non si spiegherebbe il motivo per cui il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza abbia riformulato anche le norme concernenti l'amministrazione di tutte le società lucrative e cooperative. Per queste ultime, infatti, è sempre stata pacifica la necessità dell'esistenza dell'organo amministrativo.

L'ultima (sicuramente non in ordine di importanza) tesi riduzionista, che il Consiglio nazionale del notariato nello studio approvato nel 2019 definisce la più “*plausibile e calibrata*”^[39], sia tra le stesse tesi conservatrici che tra le interpretazioni “*eversive*”, sostiene che il principio di esclusività della gestione degli amministratori sarebbe limitato al profilo organizzativo, mentre il piano dell'operatività potrebbe vedere il coinvolgimento dei soci.

Se la tesi della abrogazione implicita parziale auspicava di ripensare le norme vigenti alla luce del nuovo articolo 2475 c.c., al contrario, l'interpretazione che ora si esamina tenta di leggere il nuovo articolo alla luce della vecchia disciplina, in un'ottica maggiormente orientata alle conseguenze e tesa a determinare un impatto assai ridotto sugli assetti normativi della s.r.l.

È stato allora sostenuto che le novellate disposizioni nella disciplina delle società a responsabilità limitata (e delle società personali) siano destinate a spiegare i loro effetti esclusivamente sul piano organizzativo senza comportare alcun effetto implicitamente abrogativo dell'impianto preesistente, introducendo, al contempo, una inedita distinzione tra la “*gestione organizzativa*” della società, scolpita nel secondo comma dell'art. 2086 c.c. e affidata in via esclusiva agli amministratori, e la “*gestione operativa*”, tuttora individuata dalle pregresse disposizioni e appartenente alla competenza degli amministratori e/o dei soci a seconda del modello in concreto adottato.

È vero che le singole norme del codice civile coinvolte nelle modifiche operate dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza parlano generalmente di “*gestione dell'impresa*”, ma aggiungendo che tale gestione “*si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma*”, fanno indubbiamente riferimento al concetto di gestione dell'impresa

contemplato in quel secondo comma, il quale ne individua il contenuto nel dovere di istituire idonei assetti organizzativi.

Del resto, la stessa rubrica dell'art. 377 del Codice della crisi, *“Assetti organizzativi societari”*, (articolo che, si ricorda, dispone le modifiche alle norme del codice civile che qui interessano) induce l'interprete a sostenere che si tratta di regole che impongono doveri e definiscono responsabilità di natura organizzativa; queste ultime si collocherebbero su un piano distinto rispetto a quello delle regole attinenti alla competenza in materia di atti propriamente gestori o di operazioni di *“amministrazione”* tradizionalmente intesa. In altri termini, *“la predisposizione degli assetti organizzativi costituirebbe un a priori rispetto alla gestione (in senso proprio)”*^[40].

La tesi sembra trovare conferma anche nella struttura del primo comma degli artt. 2257 e 2475 c.c.: la prima parte è dedicata alla gestione dell'impresa, da intendersi pacificamente come *“gestione organizzativa”*, la seconda parte è invece dedicata all'amministrazione della società, la quale si indentifica nella più complessa *“gestione operativa”*. Quest'ultima *“individua il compimento delle operazioni e degli atti negoziali necessari per l'attuazione dell'oggetto sociale, che ancora oggi può essere diversamente modulato in via pattizia, secondo le peculiarità salienti di ciascun tipo societario, attraverso un climax via via discendente nelle società di persone, nelle società a responsabilità limitata e nelle società azionarie”*^[41].

La portata non onnicomprensiva della nozione di *“gestione dell'impresa”* introdotta nelle nuove formulazioni codicistiche consente anche di comprendere, con maggiore condivisione, la scelta del legislatore di sancirne la regola della attribuzione esclusiva agli amministratori, indifferentemente, in tutti i tipi societari: restano, infatti, inalterate le peculiarità strutturali di ciascun modello organizzativo per ciò che va oltre quanto contemplato da quella limitata accezione di gestione^[42].

In verità, da più parti della dottrina non sono mancate opinioni orientate ad affermare interpretazioni ulteriormente correttive del dettato legislativo e ancora più restrittive della tesi in esame.

Per cominciare, non traendo piena soddisfazione dalla asserzione per cui l'organizzazione della gestione dell'impresa *“non può che far riferimento, alla luce del principio generale sancito dal secondo comma dell'art. 2086 c.c., alla creazione, all'aggiornamento ed alla applicazione degli assetti adeguati”*^[43], qualcuno ha ritenuto che, per scongiurare ogni ambiguità, *“meglio sarebbe stato scrivere, testualmente, che la predisposizione di assetti organizzativi adeguati spetta esclusivamente agli amministratori”*^[44].

Questa dottrina, in sintesi, teme che il concetto di *“organizzazione della gestione*

dell'impresa" possa essere ingannevolmente inteso come riferentesi alla pluralità di atti teleologicamente funzionalizzati all'esercizio dell'attività di impresa. In altri termini, esso potrebbe finire per coincidere pericolosamente con quello di "amministrazione".

Altri^[45], invece, aderendo fedelmente al principio di prevenzione della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ossia ad uno dei più rilevanti principi informativi dell'ultima stagione riformatrice, affermano che la "gestione organizzativa" affidata esclusivamente alla competenza degli amministratori non riguarda l'organizzazione complessiva dell'impresa, bensì soltanto le misure di carattere organizzativo che sono funzionali ad una tempestiva ed anticipata rilevazione dello stato di crisi.

È appena il caso di rilevare che quest'ultima posizione dottrinale, seppur apprezzabile per nobiltà d'intenti, sembra essere caratterizzata da uno sguardo piuttosto miope, tanto da non vedere che lo stesso comma 2 dell'art. 2086 c.c., nel cui contenuto è pacifico che si sostanzia la "gestione organizzativa", espressamente prevede che gli assetti adeguati devono essere istituiti "anche" in funzione della rilevazione precoce dello stato patologico dell'impresa; dunque non soltanto, come viene ipotizzato, in funzione esclusiva di essa.

Ma ciò non toglie, comunque, che la *ratio legis* sottesa all'estensione anche alle società personali e a responsabilità limitata dell'esclusiva competenza degli amministratori in materia di gestione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, vada rintracciata correttamente anche nella maggiore capacità di quest'organo di percepire in anticipo, rispetto all'assemblea, le prime *sonnette d'alarme* di una crisi imminente e della perdita della continuità aziendale.

Laddove invece si attribuissero gli obblighi, da un lato, di valutazione continuativa e globale dell'adeguatezza degli assetti e, dall'altro, di costante verifica dell'organizzazione dell'impresa a chiunque compia scelte gestorie all'interno della società, "*si rischierebbe di compromettere il raggiungimento della finalità perseguita dal legislatore. I singoli assuntori e attuatori delle decisioni gestorie, infatti, nel momento in cui sono chiamati a valutare la specifica scelta gestionale adottata, potrebbero (in quanto non amministratori e, come tali, tendenzialmente ignari del generale andamento delle imprese societarie) non essere in grado di poter verificare la compatibilità di esse con il generale assetto organizzativo dell'impresa societaria, né di valutarla in funzione della rilevazione tempestiva della crisi*^[46]".

L'opzione interpretativa che opera una distinzione concettuale tra gli atti di gestione, i quali nelle nuove regole di *governance* sarebbero riservati esclusivamente agli amministratori, e gli atti di amministrazione, tuttora demandabili convenzionalmente ai soci, pur non andando esente da critiche^[47] – che, tuttavia, non appaiono dirimenti – risulta non solo la più convincente, ma anche la più idonea ad alleviare i timori e le perplessità sorti nella

categoria notarile.

Infatti, secondo la tesi che è stata accolta, la novella legislativa non comporta in capo ad amministratori e soci di s.r.l. e di società di persone alcun obbligo di adeguamento immediato né dei patti sociali, né delle norme di funzionamento né di quelle clausole – tuttora legittime – che stabiliscono una ripartizione della “gestione operativa” della società difforme rispetto al modello legale.

Gli stessi statuti delle società personali e a responsabilità limitata, che siano state costituite dopo l’entrata in vigore della nuova formulazione delle norme del codice civile che interessano quei tipi societari, hanno potuto prevedere legittimamente clausole derogatorie della disciplina legale – così come riformata – in materia di gestione operativa.

I notai, inoltre, auspicano e non escludono che la prassi statutaria possa elaborare “*ulteriori clausole idonee a svolgere un ruolo ordinante della complessa materia ed a disciplinare più accuratamente gli assetti organizzativi dell’impresa*”^[48].

4. Conclusioni

Risulta, ormai, evidente che nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza compaiono non solo disposizioni che incidono sul diritto societario, in quanto volte a disciplinare la crisi o l’insolvenza di soggetti costituiti perlopiù in forma societaria, bensì anche altre norme che apportano modifiche ad articoli del codice civile in materia d’impresa e di società, con una particolare attenzione per quanto attiene all’ambito dei doveri e responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo.

La scelta del legislatore delegato di inserire nel *corpus* di un codice di nuovo conio articoli unicamente destinati a modificarne altri, contenuti in un codice diverso, potrebbe sembrare piuttosto singolare. Ciò in quanto l’eventuale adozione di un *modus operandi* più lineare avrebbe sicuramente suggerito di affidare ad un separato ed ulteriore decreto legislativo delegato l’arduo compito di operare sulle radicate norme del codice civile, relegando all’interno del d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, unicamente le disposizioni in tema di crisi e insolvenza.

Si consideri, però, che i doveri e le responsabilità degli organi societari assumono un più pregnante rilievo specialmente in caso di declino dell’ente. “*Ciò non dipende dal fatto che il dissesto sia necessariamente la conseguenza della violazione di quei doveri, ma in certo senso esso li drammatizza ed è per lo più solo allora che si determinano le condizioni per far valere eventuali responsabilità*”^[49].

Ecco spiegato perché, pur nell’ambito di una riforma in materia di diritto concorsuale, si è avvertito il bisogno di intervenire sulle disposizioni codicistiche che richiamano quei doveri

e quelle responsabilità, destinate tra l'altro ad operare sempre – cioè indipendentemente dal verificarsi di una situazione di crisi o di insolvenza.

Con il d. lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, contenente disposizioni integrative e correttive al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il legislatore è intervenuto proprio su quegli articoli del codice civile riguardanti la *governance* dei tipi societari e che erano state oggetto delle “discusse” modifiche rilevate.

Ebbene, l'art. 40 del decreto correttivo riconduce gli artt. 2257, 2380-*bis*, 2409-*novies* e 2475 alla originaria formulazione *ante* riforma, aggiungendo l'inciso “*l'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086 c.c. spetta esclusivamente agli amministratori*”. L'intervento correttivo, dunque, mantiene ferme le prerogative dei soci nella gestione della società a responsabilità limitata e nelle società di persone, avallando e definitivamente conferendo lustro alla tesi che propugnava una scissione tra “gestione operativa” e “gestione organizzativa”, affidando solamente quest'ultima alla competenza esclusiva – in ogni tipo societario – degli amministratori.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] *Relazione illustrativa allo schema di accompagnamento ai decreti delegati*, tratto da www.documenti.camera.it
- [2] G. MEO, *La Difficile via normativa al risanamento d'impresa*, Riv. dir. Comm., 2018, 4, 620 ss.
- [3] Essendo, di regola, quest'ultimo confinato nell'area della piccola impresa.
- [4] P. MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, tratto da www.cnpds.it
- [5] M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, RdS, 2019, 2, 254.
- [6] F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Milano, 2019, 134.
- [7] M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*, 262.
- [8] La locuzione comprende, per antonomasia, le società lucrative, cooperative, consortili e quelle definite di "diritto speciale".
- [9] Sono enti del terzo settore (ETS) gli enti iscritti al Registro unico nazionale del terzo settore e che assumono la qualifica di ODV (Organizzazione di volontariato), APS (Associazione di promozione sociale), enti filantropici, imprese sociali, reti associative, società di mutuo soccorso, associazioni riconosciute e non, fondazioni e altri enti di carattere privato. Sono parzialmente ETS anche gli enti religiosi, mentre sono escluse le società. Gli ETS perseguono senza scopo di lucro finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento in via esclusiva o principale di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita.
- [10] P. MONTALENTI, *op. cit.*
- [11] P. BENAZZO, *Il Codice della crisi d'impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, RdS, 2019, 2, 300.
- [12] Sull'argomento si vedano, tra gli altri, N. ABRIANI – A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e codice civile: prime letture*, Società, 2019, 4; M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*
- [13] M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*, 269.
- [14] La regola in questione, nell'escludere tassativamente (eccettuate le ipotesi richiamate dall'art. 2364 comma 1) qualsiasi intromissione dei soci che avrebbe potuto vincolare e condizionare la conduzione dell'impresa da parte degli amministratori, era risultata più severa e restrittiva di quella prevista nei principali ordinamenti stranieri, addirittura anche in quello tedesco, il quale, abbracciando la teoria istituzionalistica dell'interesse sociale, afferma radicalmente la prevalenza dell'interesse generale dell'impresa (di cui gli amministratori sono gli unici interpreti) su quello dei soci.
- [15] V. CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*. Giur. Comm., 2020, 1, 6 ss.
- [16] V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 7.
- [17] Cass. civ., sez. I, 20 giugno 2018, n. 16291.
- [18] Cass. civ., sez. I, 21 luglio 2010, n. 17121.
- [19] P. BENAZZO, *op. cit.*, 300 (nota 27).
- [20] L. CALVOSA, *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, Società, 2019, 7, 799.
- [21] R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, Contratti, 2019, 2, 936.
- [22] Con questa formula si intende l'insieme di disposizioni normative, sia dettate espressamente dal legislatore che ricavate in via ermeneutica da dottrina e giurisprudenza, che arrecano modifiche, deroghe e adattamenti al diritto societario comune, nel caso in cui l'impresa societaria si trovi in prossimità dello stato di crisi e di insolvenza.
- [23] D. CILLO, *La gestione delle società di persone e a responsabilità limitata nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Riv. not., 2019, 6, 1370.
- [24] Dello *shifting duty* si trova apposta conferma nello stesso *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* che, all'art. 4, comma 1, lettera c), sancisce il dovere dell'imprenditore-debitore di gestire "l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori". In dottrina si sostiene che, sebbene la norma si riferisca alla gestione dell'impresa unicamente nel corso delle procedure di

regolazione della crisi o dell'insolvenza, essa si applichi, per analogia, anche alla fase che precede l'accesso a queste procedure.

[25] V. CALANDRA BUONAURA, *op.cit.*, 10.

[26] D. CILLO, *op.cit.*, 1371.

[27] D. BOGGIALI. – A. RUOTOLO, *Codice della crisi d'impresa. Gli adeguamenti alla nuova disciplina sulla nomina degli organi di controllo nelle s.r.l. e nelle cooperative e il richiamo all'art. 2409, c.c.*, tratto da www.notariato.it

[28] D. CILLO, *op. cit.*, 1372.

[29] R. RORDORF, *op. cit.*, 937.

[30] D. CILLO, *op. cit.*, 1374.

[31] L. CALVOSA, *op. cit.*, 801.

[32] Si pensi al diritto di decidere in ordine ad operazioni gestorie quali l'acquisto o l'alienazione di beni immobili, la concessione di ipoteche su beni immobili di proprietà della società, la cessione o l'affitto dell'azienda o di singoli rami di essa.

[33] Il riferimento è alle tesi riduzioniste e conservative che, come si vedrà appresso, determinano sull'impianto normativo della s.r.l. un impatto assai ridotto, evitando effetti implicitamente abrogativi delle norme incompatibili con le nuove disposizioni.

[34] Le citazioni sono tratte da L. CALVOSA, *op. cit.*, 800.

[35] Si pensi agli artt. 2361, comma 2; 2393, comma 6; 2446, comma 1; 2409, comma 4, c.c.; e, pur utilizzando la norma il termine "autorizzazione" (che va inteso nel senso di "co-decisione"), si pensi anche alla previsione dell'art. 2357 c.c.

[36] Residua la competenza dei soci "nell'ipotesi di decisioni su operazioni che comportino sostanziali modificazioni dell'oggetto sociale o rilevanti modificazioni dei diritti dei soci (art. 2479, comma 2, n. 5, c.c.). Del pari potrebbe residuare la competenza dei soci nei casi specifici in cui la legge assegni allo statuto la facoltà di attribuire ad essi le decisioni in alternativa agli amministratori (art. 2483 c.c. [...]). Analogamente a quanto è disposto nella s.p.a. per i casi di competenza statuaria legittimata specificamente (e cioè relativamente a un'operazione specifica e tipizzata) dal legislatore (artt. 2410, 2447 ter, comma 2, c.c.; art. 152, comma 2, l. fall.)". Così nota L. CALVOSA, *op. cit.*, 802.

[37] P. BENAZZO, *op. cit.*, 305.

[38] L'organizzazione corporativa nella s.r.l. si presenta semplificata rispetto al modello azionario, sotto diversi profili, tra cui quello della ripartizione delle competenze tra gli organi, ove l'autonomia privata può marcatamente intervenire, portando ad una forte despecializzazione delle competenze gestorie attraverso la loro attribuzione ai soci. Più tecnicamente osserva P. SPADA, *Classe e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata)*. Riv. dir. civ., 2003, 5, 489, che lo statuto legale della s.r.l. propone un'organizzazione corporativa attenuata poiché si ipotizza in essa "una distribuzione dei compiti decisionali e dichiarativi tra uffici specializzati ai quali viene ciclicamente preposto personale nominato dalla compagine sociale nella composizione soggettiva che la stessa presenta al momento del reclutamento ciclico". Distribuzione che può anche lasciare il passo al totale coinvolgimento dei soci nella gestione, così come prevede l'art. 2479 c.c.

[39] N. ATLANTE – M. MALTONI – A. RUOTOLO, *Il nuovo articolo 2475 c.c. Prima lettura*, tratto da www.notariato.it

[40] L. CALVOSA, *op. cit.*, 800.

[41] D. CILLO, *op. cit.*, 1382.

[42] L'opzione ermeneutica che intende la "gestione dell'impresa" riferita unicamente all'aspetto organizzativo sembra essere praticabile, oltre che nella s.r.l., anche negli altri codici organizzativi e ciò adduce ulteriore sostegno alla tesi in esame.

Nell'ambito della s.p.a., infatti, pur perimetrando la gestione dell'impresa in quegli stretti confini, non si riscontra la lacuna di una norma che attribuisca all'organo amministrativo una generale competenza in ordine alle decisioni imprenditoriali diverse da quelle attinenti ai profili organizzativi. Una simile lacuna avrebbe potuto minare la solidità della ricostruzione proposta, ma questo pericolo è scongiurato sia dall'art. 2380-bis c.c., secondo cui "gli amministratori compiono gli atti necessari per il perseguimento dell'oggetto sociale", che dall'art. 2364, comma 1,

n. 5, c.c., in virtù del quale l'assemblea ordinaria dei soci ha la sola competenza a deliberare *“sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori”*. Dal combinato disposto ne deriva che gli amministratori di s.p.a. hanno una potestà di ampio respiro anche per tutto ciò che concerne la direzione dell'impresa e l'esercizio dell'attività economica complessivamente intesa.

L'opzione interpretativa si incastra bene anche nella disciplina delle società personali per la distinzione, che questa disciplina prevede, tra gestione dell'impresa e amministrazione. Ai sensi dell'art. 2257, comma 1, c.c., anche se la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, *“l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri”*.

[43] O. CAGNASSO, *Diritto societario e mercati finanziari*, Nuovo dir. soc., 2018, 5, 849 ss.

[44] P. MONTALENTI, *op. cit.*

[45] Tra questi, V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*

[46] N. RICCARDELLI, *Il sistema di amministrazione nelle s.r.l. dopo il codice della crisi e dell'insolvenza*, Nuovo dir. soc., 2019, 7, 1006 ss.

[47] Autorevole dottrina, prendendo le distanze dalla tecnica di inventare contrapposizioni astratte (come, nel caso in esame, la distinzione tra organizzazione e operatività) ai fini della risoluzione di un problema concreto, ha sostenuto che si sarebbe potuto conseguire il risultato indicato come il migliore dai notai percorrendo una strada più semplice. Infatti, se l'estensione alle s.r.l. e alle società personali del regime di competenza gestoria esclusiva degli amministratori risponde all'esigenza di permettere una più agevole identificazione di soggetti – titolari di una posizione di garanzia – che siano responsabili necessari dei doveri di organizzazione e monitoraggio, *“allora la conciliazione delle norme apparentemente in contrasto non richiede affatto di distinguere organizzazione e operatività dell'impresa. Basta invece dire che l'organo amministrativo, in quanto responsabile necessario dell'organizzazione e titolare di una posizione di garanzia, non può scusarsi delle manchevolezze dell'organizzazione accampano una eventuale corresponsabilità di terzi e in particolare dei soci”*. M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*, 272.

Altri, ancora, non persuasi dalla ipotetica distinzione concettuale tra atti di gestione e atti di amministrazione in senso stretto, hanno sollevato non pochi rilievi che sono stati considerati – e agevolmente confutati – da D. CILLO, *op. cit.*, 1385. L'autore osserva: *“si è rilevato, da parte di alcuni, che: non sempre nella prassi è agevole distinguere le questioni organizzative da quelle gestionali; l'art. 2475 è tuttora rubricato “amministrazione della società”, per cui non sembra che il legislatore abbia inteso concepire la gestione dell'impresa societaria come qualcosa di diverso rispetto all'amministrazione della società; le riserve di competenza degli amministratori devono essere espressamente previste dalla legge, essendo tassative e tipiche, giacché derogatorie della facoltà generale di ripartizione delle competenze tra gli amministratori e i soci, non essendo possibile ricavare una regola formale di riserva di competenza in capo agli amministratori argomentando in modo deduttivo dall'uso dell'avverbio “esclusivamente”; questa interpretazione finirebbe per generale un problema di coordinamento della norma con le disposizioni del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, sulle società a partecipazione pubblica e sui meccanismi di controllo analogo, rispetto ai quali i soci pubblici pretendono l'inserimento negli statuti di precise clausole statuarie di rimessione dei poteri organizzativi e di controllo ai medesimi soci pubblici; tale interpretazione verrebbe a depotenziare notevolmente la previsione di cui all'art. 2409-terdecies, comma 1, lett. f-bis sui poteri del consiglio di sorveglianza in merito alle deliberazioni sulle operazioni strategiche e sui piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di quest'ultimo per gli atti compiuti.*

Tuttavia, tali obiezioni non sembrano dirimenti, potendosi ribattere che: gli artt. 2257 e 2475 si occupano anche dell'amministrazione della società, per cui la rubrica indica una parte per il tutto; la riserva di competenza viene espressa mediante l'utilizzo dell'avverbio “esclusivamente”; il d.lgs. n. 175/2016 e l'art. 2409-terdecies, comma 1, lett. f-bis sono norme derogatorie”.

[48] N. ATLANTE – M. MALTONI – A. RUOTOLO. *op. cit.*

[49] R. RORDORF, *op. cit.*, 929.

BIBLIOGRAFIA

ABRIANI N.– ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e codice civile: prime letture*, Società, 2019, 4, 200 e ss.

ATLANTE N. – MALTONI M. – RUOTOLO A., *Il nuovo articolo 2475 c.c. Prima lettura*, tratto da www.notariato.it

AMBROSINI S., *Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo*, tratto da osservatorio-oci.org

BENZAZZO P., *Il Codice della crisi d'impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, RdS, 2019, 2, 300 e ss.

BOGGIALI D. – RUOTOLO A., *Codice della crisi d'impresa. Gli adeguamenti alla nuova disciplina sulla nomina degli organi di controllo nelle s.r.l. e nelle cooperative e il richiamo all'art. 2409, c.c.*, tratto da www.notariato.it

CAGNASSO O., *Diritto societario e mercati finanziari*, Nuovo dir. soc., 2018, 5, 849 e ss.

CALANDRA BUONAURA V., *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, Giur. Comm., 2020, 1, 6 e ss.

CALVOSA L., *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, Società, 2019, 7, 799 e ss.

CILLO D., *La gestione delle società di persone e a responsabilità limitata nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Riv. not., 2019, 6, 1370 e ss.

DI MARZIO F., *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Milano, 2019.

MEO G., *La Difficile via normativa al risanamento d'impresa*, Riv. dir. Comm., 2018, 4, 620 e ss.

MONTALENTI P., *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, tratto da www.cnpds.it

RICCARDELLI N., *Il sistema di amministrazione nelle s.r.l. dopo il codice della crisi e dell'insolvenza*, Nuovo dir. soc., 2019, 7, 1006 ss.

RORDORF R., *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, Contratti, 2019, 2, 936 e ss.

SPADA P., *Classe e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla “nuova” società a responsabilità limitata)*, Riv. dir. civ., 2003, 5, 489 e ss.

SPOLIDORO M.S., *Note critiche sulla “gestione dell'impresa” nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, RdS, 2019, 2, 254 e ss.

VELLA P., *L'allerta nel codice della crisi e dell'insolvenza alla luce della Direttiva (UE) 2019/1023*, tratto da ilcaso.it

LA RESPONSABILITÀ MEDICA E I DANNI DA PRATICHE SANITARIE INADEGUATE ALLA LUCE DELLA LEGGE GELLI-BIANCO

La legge Gelli-Bianco e in precedenza la legge Balduzzi, hanno avuto il pregio di restituire al sistema della responsabilità medica una maggiore chiarezza e stabilità che erano state da tempo messe in crisi da una disciplina alquanto scoordinata e oscura. Si è assistito ad una nuova riqualificazione della natura della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria e della struttura nella quale opera, che ha comportato una serie di ricadute anche sul piano dell'onere della prova e dei termini di prescrizione. L'autrice, partendo proprio da tali considerazioni, si pone lo scopo di analizzare le novità introdotte in materia dai recenti interventi dottrinali e giurisprudenziali.

autore **Stefania Cici**



Abstract ENG

The Gelli-Bianco law and previously the Balduzzi law, have the advantage of restoring greater clarity and stability to the system of medical liability that had long been challenged by a rather uncoordinated and obscure discipline. There has been a new redevelopment of the nature of the responsibility of the healthcare professional operator and of the structure in which it operates, which has led to a series of repercussions also in terms of the burden of proof and limitation periods. The author, starting precisely from these considerations, aims to analyze the innovations introduced on the subject by recent doctrinal and jurisprudential interventions.

Sommario: 1. Premessa; 2. Il caso; 3. L'inquadramento della responsabilità medica; 4. L'onere della prova alla luce della legge Gelli-Bianco; 5. La perdita di *chances*; 6. Autodeterminazione e consenso informato; 7. Risarcimento e liquidazione del danno; 8. Conclusioni

1. Premessa

La disciplina della responsabilità medica è stata sottoposta ad un'accorta opera di modificazione ed integrazione da parte del legislatore che si è finalmente impegnato a predisporre delle coordinate stabili al fine di rinnovare e ricucire quel rapporto di fiducia tra paziente-cittadino e sanità, che fino a quel momento, era stato messo a dura prova dalla dilagante diffusione del cosiddetto fenomeno della medicina difensiva e dell'*overdeterrence*.

Il primo problema che è stato affrontato, ha riguardato l'individuazione della esatta natura della responsabilità medica al centro di numerose *querelle*: in particolare si è ricondotto sotto l'alveo della responsabilità da inadempimento, *ex art.* 1218 e 1228 c.c., la responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata e nella categoria della responsabilità extracontrattuale, *ex art.* 2043 c.c., quella del medico, salvo i casi nei quali lo stesso agisca nell'ambito di un contratto d'opera professionale sottoscritto direttamente con il paziente.

Effettivamente con questo sistema del c.d. doppio binario ed il superamento del contatto sociale si è voluta assicurare una maggiore garanzia al paziente-danneggiato, collocando al centro del nucleo normativo il suo diritto alla salute, *ex art.* 32 Cost. e di conseguenza permettendone la concreta attuazione.

Sono stati, inoltre, inseriti nuovi elementi, quali la previsione di un'azione diretta da parte del paziente nell'eventualità di danneggiamenti; l'esperimento del tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità all'esercizio dell'azione di risarcimento per danni; l'obbligo di copertura assicurativa tanto per l'esercente la professione sanitaria quanto per la struttura ospedaliera; la creazione di un fondo di garanzia per i casi di insolvenza e liquidazione del danno da attività sanitaria commisurate sulla base di tabelle prestabilite.

2. Il caso

Con ordinanza n. 12906 del 26 giugno 2020 la Terza Sezione Civile della Suprema Corte di Cassazione è nuovamente intervenuta in materia di responsabilità medica asserendo che, ai fini della determinazione della responsabilità, è necessario accertare preliminarmente la sussistenza effettiva del nesso causale tra condotta ed evento dannoso mediante l'applicazione del principio, tradizionalmente accolto, del “più probabile che non”, confermando in tal modo il precedente orientamento. Nello specifico i giudici della Consulta accoglievano il ricorso proposto dagli attori sulla base di quattro motivi e rinviavano, alla Corte di Appello competente, la trattazione della causa.

Le parti citavano in giudizio l'azienda sanitaria di Pisa ed il medico ivi operante per chiedere ed ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito del decesso di un loro congiunto, avvenuto a causa della inesatta diagnosi e conseguente pratica di inadeguati trattamenti sanitari. Contemporaneamente l'azienda sanitaria presentava domanda di manleva da parte della compagnia assicurativa Carige s.p.a. Il Tribunale di Pisa accoglieva le domande e procedeva alla liquidazione dei danni patrimoniali e non, dichiarando, inoltre, l'inammissibilità della domanda proposta dal medico M contro l'ASL e l'assicurazione. I giudici di secondo grado, in parziale riforma della sentenza, dimezzavano gli importi delle somme oggetto di liquidazione.

Atteso ciò le parti ricorrevano ai giudici di legittimità per i seguenti motivi: violazione e

falsa applicazione dell'art. 41 c.p. e degli artt. 2043 e 1227 c.c.; violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., nullità della sentenza e procedimento per violazione degli artt. 112 e 360 c.p.c. ed omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti.

3. L'inquadramento della responsabilità medica

La materia della responsabilità medica^[1] è alquanto complessa, poiché costituita da una serie di rapporti che coinvolgono non solo il medico ed il paziente, ma altresì l'intera struttura sanitaria, pubblica o privata, nella quale lo specialista svolge le proprie mansioni. Si ritiene che quest'ultimo risponda, nell'eventuale causazione di danni, a titolo di responsabilità extracontrattuale, atteso che riveste la qualifica di soggetto terzo rispetto ai due contraenti principali, i quali aderiscono formalmente ad un contratto che prevede la sottoposizione del paziente alle cure di cui lo stesso abbisogna e da cui scaturisce in capo alla struttura sanitaria una responsabilità di tipo contrattuale.

Questo sistema del doppio binario è stato inserito con la legge n. 24/2017, c.d. legge Gelli-Bianco, che ha apportato sostanziali modifiche al sistema normativo rinnovando e riequilibrando il rapporto sussistente tra medico, paziente e struttura sanitaria.

Precedentemente, infatti, la Suprema Corte di Cassazione, con sentenza n. 589/1999, orientamento ribadito e confermato in diverse pronunce fino al 2008, era intervenuta in materia introducendo la teoria del c.d. "contatto sociale" in base al quale, tra medico e paziente, si instaurerebbe un rapporto obbligatorio derivante da altro contratto sottoscritto fra ente ospedaliero e paziente; quest'ultimo non risulterebbe riconducibile all'alveo della responsabilità aquiliana, in quanto, la stessa, si basa sul generico dovere del *neminem laedere*; di talché, atteso il rimando operato all'art. 1173 c.c., che prevede tra le fonti delle obbligazioni ogni altro atto o fatto idoneo a produrle, anche la responsabilità medica veniva reindirizzata nella categoria della responsabilità contrattuale, *ex art. 1218 c.c.*, poiché fondata sul contratto di speditività, *ex art. 1228 c.c.*

Qualche tempo prima nella legge Balduzzi il legislatore aveva richiamato l'attenzione di dottrina e giurisprudenza sul tema dell'esatta qualificazione della responsabilità medica facendo riferimento, nell'art. 3, alla categoria della responsabilità *ex delicto*.

Tuttavia parte della giurisprudenza, sulla scorta del rinvio operato al concetto di diligenza pretesa al debitore nell'adempimento dell'obbligazione contratta, *ex art. 1176, comma 2, c.c.*, riconosce ugualmente nella categoria della responsabilità contrattuale la disciplina di attinenza per l'operatore sanitario, essendo convinta che la normativa *de quo* contenga soluzioni maggiormente tutelanti per i pazienti sulla base delle disposizioni riguardanti i più lunghi termini prescrizionali ed il più vantaggioso regime probatorio.

L'attività medica si contraddistingue per essere *prima facie* una prestazione a carattere professionale, inquadrabile nella disciplina generale, ex artt. 2229 ss. c.c. e, in quanto tale, si pone quale obbligazione di mezzi e non di risultato, ove il risultato costituisce il fine di una successione di azioni poste in essere dal sanitario, il quale, nello svolgimento dei propri incarichi, ha il dovere di osservare pedissequamente le linee guida e buone pratiche emesse dal Ministero ed accreditate dalla comunità scientifica. La diligenza che gli si richiede è di tipo qualificato sulla scorta dei principi dettati dall'art. 1176 c.c., comma 2, c.c. e, dunque, non quella del buon padre di famiglia, ma di livello maggiore poiché fondata sulla fiducia che il paziente ripone nelle specifiche competenze dell'operatore sanitario.

Quindi, in questa ottica, la responsabilità prevista dall'art. 2043 c.c. non deriva dalla violazione del principio generico del *neminem ledere*, ma dalla lesione di diritti costituzionalmente garantiti, quale quello alla vita e alla salute riferibili al danno perpetrato.

Con la legge n. 189/2012 è stata inoltre depenalizzata la responsabilità del medico per colpa lieve, quando lo stesso si sia attenuto alle pratiche standardizzate; tuttavia, non viene esclusa la responsabilità civile ex 2043 c.c. in caso di eventi nefasti per il paziente.

L'art. 7, comma 3, della legge n. 24/2017 comprende una clausola di salvezza con cui si prevede che nell'ipotesi in cui il sanitario abbia assunto un'obbligazione direttamente con il paziente risponderà per inadempimento dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1218 c.c.

È necessario chiarire che la responsabilità del sanitario non si arresta ad una erronea esecuzione della prestazione ma sussiste anche nel caso di inadeguata informazione offerta al paziente e di omessa richiesta di strumenti necessari per le cure a cui deve sottoporsi e non presenti all'interno del complesso in cui lo stesso è collocato.

Occorre, oltretutto, un'ulteriore precisazione, qualora il medico rivesta la qualifica di primario all'interno della struttura ospedaliera, acquista una posizione di garanzia nei confronti dei pazienti che sono in cura presso di lui, in virtù della quale assume, inoltre, l'onere di supervisionare il comportamento degli altri medici nell'espletamento delle attività e il dovere di impartire loro direttive ed ordini, essendo tenuto ad interessarsi allo stato di salute dei pazienti perfino quando non è stato direttamente coinvolto nella visita. Ha dunque l'obbligo di vigilanza diretta e indiretta in ogni fase della prestazione sanitaria, ragione per la quale è direttamente responsabile delle azioni o omissioni poste in essere dagli altri sanitari. Tuttavia, non gli viene attribuita una funzione di assoluto controllo ma, quanto meno, un impegno di supervisione ed interessamento delle pratiche messe in atto da coloro che operano all'intero del reparto a lui assegnato.

La struttura sanitaria, al contrario, soggiace ad una responsabilità di natura contrattuale, poiché il paziente sottoscrive con la stessa un contratto basato sul modello descritto dall'art. 1336 c.c., relativo all'offerta al pubblico, per mezzo del quale l'azienda ospedaliera assume

l'obbligo di protezione nei confronti del paziente anche per i fatti dolosi o colposi commessi dai medici, soggetti terzi, di cui si avvale in virtù del principio *cuius commoda eius et incommoda*.^[2]

4. L'onere della prova alla luce della legge Gelli-Bianco

La disciplina della responsabilità medica, anche in relazione alla prova del nesso causale, si può dunque sintetizzare in quattro fasi.

La prima caratterizzata dal c.d. cumulo di responsabilità che aveva dato origine ad un sistema fondato sulla responsabilità avente natura sia contrattuale che extracontrattuale. Attraverso questo procedimento il paziente aveva la possibilità di agire congiuntamente nei confronti del medico e dell'azienda ospedaliera. L'onere della prova^[3] gravava sui debitori che dovevano provare la causa di non imputabilità della condotta, mentre al danneggiato spettava l'incombenza di produrre la prova dell'esistenza del contratto di assistenza, il peggioramento o mancato miglioramento delle proprie condizioni di salute ed altresì il nesso di causalità tra azione/omissione ed il determinarsi dell'evento lesivo.

La seconda fase ha preso le mosse dalla summenzionata sentenza degli Ermellini n. 589/1999 con cui è stato diffuso il concetto di contatto sociale, «che consacra la costruzione dottrinale della obbligazione senza prestazione, assumendola a chiave di lettura del rapporto paziente – medico dipendente della struttura sanitaria»^[4]. Secondo tale ricostruzione il medico rispondeva delle eventuali violazioni poste in essere sulla scorta del combinato disposto degli artt. 1218 – 1228 c.c., che facevano sorgere in capo al paziente il dovere di provare non soltanto il peggioramento o mancato miglioramento della propria salute ma anche la negligenza dell'operatore, che doveva essere commisurata al grado di diligenza richiesta per gli esercenti le professioni intellettuali, ad eccezione dei casi nei quali gli interventi da compiere erano di facile esecuzione poiché in tal caso la colpa si presumeva. Questa visione, che pur aveva favorito di gran lunga il paziente sgravandolo dall'onere di provare il nesso causale tra evento e danno, d'altra parte, aveva dato vita alla dicotomia tra *performance* di facile e di difficile esecuzione, rendendo alquanto complessa la dimostrazione del nesso causale per il paziente nelle operazioni maggiormente ardue. Le Sezioni Unite con sentenza n. 577/2008, finalmente intervenute in materia, eliminarono questo meccanismo distributivo dell'onere della prova, affermando che quest'ultimo doveva essere così ripartito: al medico spettava la dimostrazione dell'adempimento della prestazione o l'intervento di un evento fortuito interruttivo del nesso di causalità ed al paziente spettava «un onere di allegazione dell'inadempimento efficiente»^[5].

La terza fase è contraddistinta dalla emanazione della legge Balduzzi con la quale, per la prima volta, si riconduceva sotto l'alveo della responsabilità aquiliana la prestazione medica nefasta, fino a giungere alla quarta fase, quella attuale, della legge n. 24/2017, con cui è stata confermata tale impostazione e con cui si è dato seguito ad una serie di

miglioramenti e riforme dell'intero sistema sanitario. L'onere della prova in questo caso grava sul paziente-danneggiato che dovrà dimostrare ciascuno degli elementi costitutivi della fattispecie.

Per meglio chiarire il quadro concernente le disposizioni sulla distribuzione dell'onere probatorio, occorre preliminarmente richiamare all'attenzione la disciplina generale contenuta nell'art. 2697 c.c. secondo la quale spetta all'attore il gravoso compito di provare i fatti a sostegno della propria pretesa ed al convenuto la modificazione od estinzione del diritto. Nel caso di esercizio dell'azione *ex art.* 1218 c.c. sarà il debitore-convenuto a dimostrare il suo adempimento ovvero la corretta esecuzione della propria prestazione mentre l'attore dovrà provare la fonte del diritto per cui agisce, il contratto di spedalità e l'assistenza, l'inadempimento della controparte ed il peggioramento della propria condizione di salute. Si è assistito, invece, ad un'inversione dell'onere della prova in relazione all'esperimento dell'azione *ex art.* 2043 c.c., che prevede l'incombenza per il creditore-paziente di dimostrare ogni elemento del caso particolare. Il giudice, dunque, al fine di accogliere la domanda di risarcimento del danno dovrà accertare la sussistenza degli elementi essenziali cioè: inadempimento o colpa, nesso causale e danno da cui è scaturito l'evento.

Nella responsabilità contrattuale il danno individua la conseguenza economica negativa, immediata e diretta, sofferta dal creditore per l'inadempimento del debitore; nella responsabilità extracontrattuale a questa si aggiungono gli effetti del fatto lesivo, determinante il danno, che si dovrà procedere a liquidare.

Soffermandosi sull'analisi della responsabilità da fatto illecito, l'art. 2043 c.c. configura il nesso di causalità come la relazione tra la condotta materiale, il fatto doloso o colposo ed il danno ingiusto cagionato che si avrà l'obbligo di risarcire; da ciò si evince che il nesso di causalità si scompone in due momenti: accertamento del nesso tra azione-omissione ed evento e nesso tra evento e danno. Quest'ultimo si differenzia dalla sua quantificazione, che è limitata al mancato guadagno patito come conseguenza diretta e immediata del danno, *ex art.* 1223 c.c. Siffatta distinzione è stata riconosciuta dalla giurisprudenza, secondo la quale il nesso tra evento e danno sarebbe riconducibile all'art. 1223 c.c. in relazione alla liquidazione, mentre il primo rapporto si trarrebbe dalla causalità materiale, *ex artt.* 41 e 42 c.p.

L'accertamento del nesso causale, al fine dell'imputabilità della colpa al soggetto danneggiante, risulta alquanto complesso in particolar modo in ambito medico, giacché numerosi sono i fattori che si insinuano nella determinazione dell'evento. Per tali e tanti motivi, dottrina e giurisprudenza, hanno elaborato diverse teorie relative alla verifica del c.d. nesso di causalità: la teoria della *conditio sine qua non*, della causalità adeguata e della causalità scientifica, che risulta attualmente quella più accreditata. Quest'ultima è fondata

sul principio secondo il quale «la legge di copertura necessaria per la verifica del nesso in astratto»^[6] è pari al 51% e «nel riparto degli oneri probatori, è affidata alle cure dell'attore. Accertata la legge di copertura, sul piano scientifico, la verifica della sussistenza del nesso si estrinseca in un ragionamento logico, basato in concreto sulle prove della circostanza»^[7], di talché il giudice nell'operazione di verifica è coadiuvato da un CTU, che ha l'obbligo di illustrare in maniera chiara e concisa gli elementi scientifici al fine di provare la sussistenza o meno del nesso di causalità al giudicante.

Nella sentenza *de quo* l'errore è stato determinato dall'omessa diagnosi del medico che ha condotto al decesso del paziente. In questi casi l'unico mezzo per poter ricostruire la vicenda fattuale fa riferimento al decorso causale ipotetico, che richiede anzitutto l'individuazione del comportamento che si sarebbe dovuto tenere per determinare se in quel caso l'evento lesivo non si sarebbe verificato. «Inoltre la verifica si svolge su due piani paralleli. Il comportamento alternativo lecito che, già in astratto e sulla base delle conoscenze scientifiche di quel momento, era in grado di contenere il rischio, cioè aveva efficacia impeditiva, è un piano di accertamento. Il secondo riguarda l'evitabilità in concreto, che manca ove si accerti la preesistenza di malattie congenite o altre condizioni di salute tali da rendere il comportamento lecito inutile, controproducente o impossibile»^[8].

La legge Balduzzi e successivamente la legge Gelli-Bianco ai fini dell'accertamento della colpa fanno ricorso alle c.d. leggi medico-scientifiche: una volta verificata la corretta esecuzione della prestazione, sulla base delle linee guida ministeriali, dovrebbe essere provata l'innocenza del sanitario; allo stesso modo, il discostamento da queste dovrebbe essere indice di colpevolezza. Tuttavia, questo non basta per dimostrare che effettivamente quella determinata operazione sia stata compiuta o meno in maniera corretta: «una volta dimostrata l'esecuzione difforme, possiamo dire con certezza che se il trattamento fosse stato effettuato *lege artis* il paziente avrebbe avuto x probabilità di sopravvivenza o guarigione. Dove x è la percentuale fornita dai casi epidemiologici e clinici a disposizione della scienza medica. Riconosciuto il danno alla salute (evento) sarà risarcibile la chance di successo (conseguenza)»^[9].

Dunque, ai fini dell'accertamento del nesso di causalità, il sistema civilistico si basa sul principio del “più probabile che non” sulla base del quale, un evento-conseguenza, è imputabile ad un preciso individuo solo e soltanto se questo risulti più probabilmente determinato dal comportamento posto in essere da quest'ultimo.

I termini prescrizionali delle azioni sono assoggettati alle disposizioni generali in materia di responsabilità: per quella contrattuale, *ex art.* 2946 c.c., il termine è quello ordinario decennale, per la responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2947 c.c., il termine è di cinque anni.

5. La perdita di *chances*

La perdita di *chance*^[10] indica la perdita di probabilità di conseguire una determinata utilità o vantaggio, nello specifico ad essa vengono assegnati i seguenti significati: «a) perdita di probabilità di migliorare la propria situazione, con connessa definitiva impossibilità di ottenere una determinata utilità (in precedenza prospettabile); b) perdita di probabilità di migliorare la propria situazione, con mera diminuzione delle probabilità di ottenere una determinata utilità; c) perdita di probabilità di mantenere una determinata situazione, cioè aumento del rischio di verifica di un determinato pregiudizio»^[11].

Secondo alcuni autori la *chance* non costituisce un' autonoma fattispecie avendo valore solo e soltanto quando si inserisce in una sequenza causale di atti che costituiscono il presupposto logico-giuridico di un risultato finale che il soggetto tenta di raggiungere. Tale orientamento è stato in un secondo tempo superato ed altresì corroborato dalla giurisprudenza; ormai la *chance* costituisce una forma autonoma di risarcimento del danno.

Il danno da perdita di possibilità può essere liquidato unicamente quando il danneggiato risulti in grado di provare l'esistenza del nesso di causalità tra danno e consistente perdita della probabilità di successo.

I profili problematici si riscontrano nella quantificazione del danno in merito alla sua esatta qualificazione, *ex art.* 2056 c.c. in combinato disposto con l'art. 1223 c.c. e, cioè, se debba considerarsi il danno emergente, quello facente parte del patrimonio del soggetto danneggiato, o il lucro cessante, inteso come lesione futura. Poco tempo fa si è tentata una sintesi dei contrapposti orientamenti e sono stati entrambi recepiti dall'impostazione con cui si afferma che «la *chance* costituisce una posta attuale del patrimonio, ossia un bene della vita autonomo e tutelabile in sé: altro è il risultato avuto di mira (per esempio vincere un concorso), altro è la possibilità di conseguirlo. La *chance*, intesa come possibilità di un risultato, è un bene della vita autonomamente apprezzabile, purché ovviamente si tratti di una possibilità statisticamente seria».

6. Autodeterminazione e consenso informato

Con la legge 22 dicembre 2017 n. 219 è stato introdotto nel nostro ordinamento il c.d. consenso informato^[12], con cui è stato previsto per il medico l'obbligo di rendere edotto il paziente circa le implicazioni dell'intervento, le inevitabili complicazioni, gli effetti raggiungibili e gli eventuali rischi, affinché lo stesso sia libero di autodeterminarsi e di esprimere liberamente il proprio consenso o dissenso sull'opportunità di procedere a tali pratiche soppesando vantaggi e rischi. Il dovere di informazione attiene anche alle fasi preliminari e posteriori dell'intervento nonché alle condizioni in cui versa la struttura sanitaria.

La funzione di suddetta disposizione è quella di garantire la libertà del paziente, *ex art.* 13

Cost. in combinato disposto con gli artt. 2 e 32 Cost.

Il consenso informato in questa ottica assume autonoma rilevanza, tanto da costituire un' autonoma figura di danno risarcibile.

In passato però la tutela risarcitoria riguardava i soli casi in cui emergevano complicazioni determinatesi a seguito di trattamenti sanitari eseguiti in violazione del consenso informato. Oggi tale indirizzo si dimostra essere totalmente superato attesa la finalità insita nella *ratio legis* volta a garantire la vita umana nonché la dignità ed identità della persona. Difatti il risarcimento opera sia quando si manifestino conseguenze negative, c.d. complicazioni, sia quando ciò non accada in quanto sussiste ugualmente la compromissione di un bene giuridico costituzionalmente tutelato.

Al fine dell'accoglimento della domanda il paziente è tenuto a dimostrare l'omissione delle corrette e complete informazioni da parte del sanitario ed altresì il nesso causale tra la condotta e l'offesa patita. La lesione che si determina deriva dall'effetto sorpresa causato dalla mancata conoscenza della propria patologia e del trattamento sanitario a cui si viene sottoposti. L'obbligo informativo, infatti, permetterebbe al paziente di rifiutare l'intervento, rimandarlo o effettuarlo presso altro nosocomio.

Dunque, le conseguenze negative consistono in un turbamento emotivo e fisico determinato dalla impreparazione. I danni così interpretati dovranno essere liquidati sulla base dell'equo apprezzamento affidato al giudicante in quanto i danni non patrimoniali, con tali caratteristiche, non possono in alcun modo essere inglobati nei valori tabellari prestabiliti, atteso che ci si riferisce tanto ai danni morali quanto a quelli alla salute.

La Corte di Cassazione con riguardo a questi danni non patrimoniali, nella sentenza n. 90/2018 e nell'ordinanza n. 7513/2018, si è espressa in questi termini: «si riconosce la duplice essenza del danno non patrimoniale: che va distinto in danno dinamico-relazionale, quale modificazione peggiorativa della vita della vittima e danno morale, corrispondente al patimento emotivo in tutti i suoi aspetti. La sofferenza interiore e la modificazione negativa delle dinamiche relazionali rappresentano — in tale prospettiva — danni diversi e autonomamente risarcibili»[\[13\]](#).

7. Risarcimento e liquidazione del danno

Anche la normativa risarcitoria[\[14\]](#) è stata oggetto di profonde trasformazioni da parte del legislatore del 2017: con gli artt. 5 e 6 della legge Gelli-Bianco è stato introdotto il c.d. principio di gradualità con cui si prevede che il giudice possa discrezionalmente discostarsi dai valori tabellari, quantificando il danno patito dal paziente sulla base della condotta assunta dal danneggiante anziché sull'effettivo danno sofferto dal danneggiato. Dunque, tanto più il medico si atterrà alle linee guida e buone pratiche ministeriali, tanto più il valore

dell'importo da rendere sarà inferiore.

Tale ricostruzione appare tuttavia contrastare con i principi di integrale risarcimento del danno e di funzione riparatoria della responsabilità civile.

Tuttavia, è oramai risaputo che non sussiste alcun obbligo di integrale risarcimento del danno, atteso che sarebbe alquanto arduo quantificare in maniera effettiva i danni non patrimoniali derivanti da lesioni di diritti come quello alla salute o alla vita; oltretutto è la stessa Corte Costituzionale che quando ha dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni relative all'integrale risarcimento del danno lo ha fatto unicamente in relazione al mancato rispetto dell'art. 3 Cost. I giudici della Consulta, riprendendo tale orientamento e hanno affermato di recente che: «il controllo di costituzionalità del meccanismo tabellare di risarcimento del danno biologico introdotto dal censurato art. 139 cod. ass. — per il profilo del prospettato *vulnus* al diritto all'integralità del risarcimento del danno alla persona — va, quindi, condotto non già assumendo quel diritto come valore assoluto e intangibile, bensì verificando la ragionevolezza del suo bilanciamento con altri valori, che sia eventualmente alla base della disciplina censurata»[\[15\]](#). Dunque, il risarcimento del danno non patrimoniale derivante da una lesione o aggravamento delle condizioni di vita ha natura riparatoria e non compensativa; di talché ciò non impedisce al legislatore di introdurre un parametro discrezionale per il giudice nella commisurazione del danno.

Per quanto attiene all'altro punto, la funzione riparatoria della responsabilità civile ha oggi carattere polifunzionale; difatti, le Ss. UU. della Corte di Costituzione con sentenza n. 16601/2017, da ultimo, perseguendo il suddetto orientamento, hanno stabilito che: «accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale [...] che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva»[\[16\]](#).

La criticità, tuttavia, risiede nell'esatta interpretazione dell'art. 7, comma 3, della legge n. 24/2017 in merito all'inquadramento del risarcimento e cioè se esso abbia natura punitiva o premiale. La *ratio legis* pare sia rivolta alla compressione del diffuso fenomeno della medicina difensiva e dell'*overdeterrence*, ragione per la quale appare verosimile che il fine della norma dovrebbe essere quello di rendere meno onerosa la quota da liquidare valorizzando piuttosto l'aspetto premiale in essa sussistente. Tuttavia, tale riduzione del danno risarcibile non opera nei confronti della struttura sanitaria, essendo soggetto avente un capiente patrimonio in grado di poter liquidare integralmente il danno cagionato.

Nonostante nel nostro ordinamento siano state immesse figure di risarcimento punitive, i c.d. *punitive damages*, in forza del principio costituzionale *ex art. 23*, la Corte ha affermato che i giudici italiani non hanno la facoltà di emettere sentenze aventi un carattere punitivo-deterrente.

Tra i danni non patrimoniali risarcibili *ex art. 2059 c.c.* rientrano anche quelli determinati dal decesso di un prossimo congiunto causato dalla condotta illecita posta in essere da un terzo. I familiari di quest'ultimo, dunque, avranno diritto ad un ristoro per il danno esistenziale patito, che ha riguardo nello specifico la perdita del rapporto parentale, bruscamente interrotto, dal verificarsi del fatto-reato. La relazione parentale, intesa come unione di affetti e scambievole solidarietà della vita familiare, è un bene costituzionalmente tutelato che riguarda una sfera intangibile della persona umana. Esso si differenzia tanto dal diritto alla salute quanto da quello morale, difatti nella quantificazione il giudice deve essere accorto e non incorrere nella c.d. duplicazione del danno che va a liquidarsi.

Ai fini dell'accoglimento della domanda la prova non corrisponde all'evento morte, piuttosto l'attore dovrà dimostrare nell'immediatezza la sofferenza patita o il peggioramento delle condizioni e abitudini di vita ed il giudice dovrà accertare anche il legame concreto sussistente tra chi reclama il risarcimento e la vittima dell'illecito.

8. Conclusioni

Negli ultimi anni si è assistito ad un inasprimento delle sanzioni civili e penali in materia di responsabilità medica che, se da un lato hanno permesso di rendere effettiva la tutela predisposta nell'art. 32 Cost., dall'altro hanno determinato un'allarmante diffusione dei fenomeni della c.d. medicina difensiva e dell'*overdeterrence*. Difatti, prima la legge Balduzzi e successivamente la legge Gelli – Bianco hanno cercato di rimodulare il rapporto medico – paziente e struttura sanitaria predisponendo sostanziali modifiche al corpo normativo. Si è introdotto il sistema del doppio binario e si è dato al paziente-danneggiato la possibilità di adire il giudice per far valere le proprie pretese sperando azione diretta e contestuale nei confronti tanto dell'operatore sanitario che della struttura nella quale lo stesso opera. Riassumendo, quindi: il paziente ha diritto ad una adeguata informazione che gli consenta di fare consapevolmente le proprie scelte e di decidere se sottoporsi o meno ad un determinato trattamento terapeutico; la perdita di *chance*, cioè la possibilità di raggiungere un determinato vantaggio od utilità, diventa un danno risarcibile sia sul piano del lucro cessante che del danno emergente; vengono approntate le tabelle, i cui valori devono essere annualmente aggiornati al fine di rendere la quantificazione e successiva liquidazione del danno un accertamento non totalmente discrezionale per il giudice; i medici e le strutture sanitarie hanno l'obbligo di essere assicurati al fine di rendere più agevole il risarcimento del danno nel caso della causazione di un evento nefasto lesivo per il paziente che avrà diritto a vedersi rimborsare l'illecito subito.

Da tutto ciò si evince come tante sono state le novità che negli anni sono accorse in questo campo e quante ancora siano le sfide che il legislatore dovrà affrontare al fine di tutelare in maniera adeguata i protagonisti della responsabilità medica.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] Sulla responsabilità medica si v. R. La Russa, *La riforma della responsabilità sanitaria nel diritto civile: l'istituzione del "doppio binario" ed il nuovo regime assicurativo, tra obbligo di copertura e possibilità di autotutela*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 1, 2019, p. 349 ss.; A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, pp. 915 – 982; R. Galli, *Nuovo corso di diritto civile*, Milano, 2017, pp. 690 – 750; E. Migliaccio, *Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, fasc. 3, p. 1239 ss.
- [2] R. La Russa, *La riforma della responsabilità sanitaria nel diritto civile: l'istituzione del "doppio binario" ed il nuovo regime assicurativo, tra obbligo di copertura e possibilità di autotutela*, cit., p. 349 ss.
- [3] Sull'onere della prova e il nesso causale si v. G. Gioia, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, fasc. 4, p. 1341 ss.; E. Migliaccio, *Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova*, cit., p. 1239 ss.; F. Piraino, *Il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, fasc. 2, p. 399 ss.
- [4] E. Migliaccio, *Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova*, cit., p. 1239 ss.
- [5] E. Migliaccio, *Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova*, cit., p. 1239 ss.
- [6] G. Gioia, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 1341 ss.
- [7] G. Gioia, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 1341 ss.
- [8] G. Gioia, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 1341 ss.
- [9] G. Gioia, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 1341 ss.
- [10] F. Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2019, pp. 962-964 e 1041-1042.
- [11] G. E. Napoli, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, fasc. 1, p. 52 ss.
- [12] Sul consenso informato si v. P. Ziviz, *Le sabbie mobili del danno da lesione all'autodeterminazione nel trattamento sanitario*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, fasc. 5, p. 1485 ss.; Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *NGCC*, 2018, p. 247 ss.; Sardella, *La nuova responsabilità sanitaria: Pagina 13 di 35 quali novità in tema di consenso informato*, in *Danno resp.*, 2019, p. 161 ss.; Guerra, *Lo "spazio risarcitorio" per violazione del solo diritto all'autodeterminazione del paziente. Note a margine di un percorso giurisprudenziale*, in *NGCC*, 2010, p. 617 ss.
- [13] P. Ziviz, *Le sabbie mobili del danno da lesione all'autodeterminazione nel trattamento sanitario*, cit., p. 1485 ss.
- [14] Sul risarcimento del danno si v. N. C. Sacconi, *Condotta dell'esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, fasc. 4, p. 1351 ss.; M. Bona, *Manuale per il risarcimento dei danni ai congiunti. Patrimoniali – non patrimoniali*, Rimini, 2014, p. 215 ss.; D.P. Triolo, *La responsabilità extracontrattuale*, Frosinone, 2017, p. 11 ss.
- [15] N. C. Sacconi, *Condotta dell'esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, cit., p. 1351 ss.
- [16] N. C. Sacconi, *Condotta dell'esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, cit., p. 1351 ss.

PER LA CONSULTA LA STEPCHILD ADOPTION È INADEGUATA A REALIZZARE L'INTERESSE DEI FIGLI NATI DA COPPIE DELLO STESSO SESSO

Con la recente sentenza n. 32/2021, la Corte costituzionale ha evidenziato l'insufficienza dell'istituto della stepchild adoption di erigersi a congruo strumento di protezione dell'interesse del minore nato a seguito di PMA praticata da coppie omosessuali, denunciando l'impellenza di un intervento legislativo volto a colmare il vuoto normativo riscontrabile in materia. Partendo da siffatta pronuncia, il presente elaborato mira ad analizzare l'istituto in esame alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale italiana, che in via interpretativa ha ricondotto l'adozione del configlio di partner dello stesso sesso nell'ipotesi di "adozione in casi particolari" ex art. 44, 1 co., lett. d) della L. 184/1983.

autore **Cristina Milano**

Abstract ENG

With the recent decision no. 32/2021, the Italian Constitutional Court has underlined that the stepchild adoption institute should not be referred as an adequate instrument in order to protect the rights of the child born from a MAP and raised by homosexual couples. Starting from this ruling, the following dissertation will analyze the abovementioned institute in the light of the evolution of the Italian case-law, according to which the same-sex couples stepchild adoption falls under the hypothesis of "adoption in particular cases", pursuant to art. 44, I co., lett. d) of the Law no. 184/1983.

Sommario: 1. Premessa; 2. L'istituto della *stepchild adoption*; 2.1 *Stepchild adoption* e unioni omosessuali; 3. L'evoluzione giurisprudenziale in materia; 3.1 3.1 Sentenza n. 299/2014 del Tribunale per i minorenni di Roma; 3.2 La decisione della Corte di cassazione, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962; 3.3 Sentenza del Tribunale per i minorenni di Bologna, sentenza 25 giugno 2020 e l'applicabilità dell'art. 74 c.c.; 4. Corte costituzionale, sentenza 9 marzo 2021, n. 32; 5. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Con la recente sentenza n. 32/2021 la Corte costituzionale ha posto l'accento sull'insufficienza e l'incapacità dell'istituto della *stepchild adoption* (talvolta indicato anche come "adozione del configlio") di erigersi a congruo strumento di protezione dell'interesse del minore, denunciando l'impellenza di un intervento legislativo al fine di colmare il vuoto

normativo riscontrato nell'ambito della tutela dei minori nati a seguito di procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti, PMA) praticata da coppie dello stesso sesso.

Si tratta di un ulteriore passo in avanti compiuto dalla giurisprudenza costituzionale in relazione alla realizzazione di una piena tutela dei diritti fondamentali degli individui omosessuali e della rispettiva prole; a tal riguardo, nel caso concreto, la Corte ha affermato che

«i nati a seguito di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi[1]».

Invero, l'ordinamento giuridico italiano risulta tutt'oggi privo di una disposizione apposita che consenta l'adozione di minori da parte di coppie omosessuali, in quanto alla fattispecie vengono considerate validamente applicabili le norme in tema di adozione e filiazione previste dal diritto privato; il tema resta comunque affidato prevalentemente all'interpretazione giurisprudenziale rilevante in materia[2].

Con riferimento alla situazione in esame, è opportuno sottolineare che i giudici costituzionali, già in passato, hanno ravvisato la condizione in cui versano i minori figli di coppie omosessuali assimilabile, in maniera non assoluta, ad un'altra categoria di nati cui, per molti anni, è stato precluso il riconoscimento dello *status filiationis* (i cosiddetti figli incestuosi, condannati, secondo le parole della stessa Corte costituzionale, ad una «*captis deminutio perpetua e irrimediabile*[3]»), in evidente contrasto con il principio di eguaglianza, enucleato nell'articolo 3 della Costituzione[4].

2. L'istituto della *stepchild adoption*

Al fine di poter comprendere *in toto* la portata della pronuncia della Corte costituzionale in questione, occorre preliminarmente analizzare l'istituto della *stepchild adoption*, che consente al partner di una coppia di diventare legalmente, mediante procedimento adottivo, genitore del/la figlio/a del compagno/a, con il consenso del genitore biologico.

Trattasi di una categoria di adozione volta a proteggere il diritto del minore ad avere una famiglia in circostanze in cui non è possibile ricorrere al procedimento adottivo ordinario; generalmente, siffatto istituto viene invocato nel momento in cui due adulti manifestano la volontà di costituire un nucleo familiare e un componente della coppia, o entrambi, hanno già un figlio nato da una relazione precedente[5].

Nell'ordinamento italiano, attraverso il procedimento d'adozione, il genitore diventa legalmente tale, pur in assenza di un reale legame biologico con il minore, attraverso una procedura giurisdizionale; suddetta procedura adottiva trova principale riferimento normativo nella Legge 4 maggio 1983, n. 184[6], la quale, a fronte di casi di adozione cd. legittimante[7], prevede altresì l'ipotesi di "adozione in casi particolari" (Titolo IV "Dell'adozione in casi particolari"), enucleati nell'art. 44. L' "adozione in casi particolari" è generalmente ammessa in circostanze in cui sussiste una determinata relazione parentale *de facto* fra un adulto e un minore[8]: si pensi all'ipotesi dei minori sottoposti alle cure di parenti o conoscenti (art. 44, comma 1, lettera a) o ancora, secondo il disposto dell'art. 44, comma 1, lett. b), «nel caso in cui il minore sia figlio dell'altro coniuge, anche adottivo».

Di notevole valore per la discussione in esame è la lettera d) del citato art. 44, che sancisce la possibilità di ricorrere all' "adozione in casi particolari" altresì quando sussista la «*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*». La giurisprudenza più recente ha interpretato siffatta norma stabilendo che la «*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*» si riferisce non solo alla situazione in cui un minore non si trovi in stato di abbandono ai fini dell'applicazione delle disposizioni riguardanti l'adozione "ordinaria", ma anche a tutti i casi in cui l'adozione risulta il miglior strumento per una tutela piena dei diritti e degli interessi del minore nella loro interezza[9].

Seguendo tale impostazione, nel 2007 il Tribunale dei minorenni di Milano, al cui orientamento si è successivamente uniformata la Corte d'Appello di Firenze con sentenza {https/URL} #39;interpretazione del sopramenzionato art. 44, comma 1, lettera d), ha inoltre concepito la possibilità per le coppie conviventi eterosessuali non coniugate di valersi della *stepchild adoption*[10].

2.1 *Stepchild adoption* e unioni omosessuali

Come ben noto ai più, la Legge 20 maggio 2016, n.76 (cd. legge Cirinnà) ha introdotto in Italia, la disciplina delle unioni civili per le persone dello stesso sesso, senza tuttavia prevedere espressamente la possibilità per il partner di adottare il figlio/a del/la compagno/a.

La Legge Cirinnà presenta all'interno dell'art.1, co. 20 una vera e propria clausola di salvaguardia, sancendo che le «*disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono [...], si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica [...] alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*».

Come sapientemente sottolineato dal Tribunale per i Minorenni di Bologna^[11], l'espressione «*resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*» viene infatti in considerazione quale clausola di salvaguardia, frutto di un compromesso legislativo, che è stata inserita a seguito dello stralcio dell'originario disegno di legge; invero, quest'ultimo apportava una modifica non indifferente all'articolo 44, comma 1, lett. b), consentendo «*l'adozione in casi particolari dal coniuge o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*^[12]». In questo modo, si sarebbe esplicitamente riconosciuta la possibilità di ricorso all'adozione in casi particolari anche ai partner omosessuali uniti civilmente; senonché, la scelta del Legislatore si è rivelata a favore dell'espunzione dal testo della L. 76/2016 della citata disposizione.

Tuttavia, in virtù della clausola di salvaguardia ex art.1, co. 20 della Legge Cirinnà e attraverso un'interpretazione evolutiva dell'articolo 44, comma 1, lett. d) della citata legge 4 maggio 1983 n. 184, l'adozione in casi particolari trova oggi concreta applicazione anche in caso di coppie omosessuali, ossia nelle ipotesi in cui esiste l'interesse del minore al riconoscimento giuridico della relazione esistente con un'altra figura genitoriale, anche se dello stesso sesso del genitore biologico^[13]. Pertanto, dalla L. Cirinnà si deduce la volontà del Legislatore di estendere il ricorso all'istituto dell'adozione particolare anche a conviventi dello stesso sesso.

3. L'evoluzione giurisprudenziale in materia

A ben vedere, la giurisprudenza italiana ha affrontato in maniera interessante e critica il problema della corretta delimitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 44, comma 1, lett. d) in caso di adozione da parte di coppie omosessuali, già prima dell'entrata in vigore della L. 76/2016. Nello specifico, come precedentemente accennato, il vivace dibattito giurisprudenziale si è concentrato primariamente sull'interpretazione dell'espressione «*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*», inteso come presupposto indispensabile al fine del ricorso all'adozione speciale.

Di conseguenza, prima di concentrarsi sull'esame della sentenza 32/2021 della Corte costituzionale, risulta opportuno analizzare le pronunce che maggiormente rilevano nell'ambito della presente discussione.

3.1 Sentenza n. 299/2014 del Tribunale per i minorenni di Roma

Il Tribunale per i minorenni di Roma, con sentenza 30 luglio 2014 n. 299, ha esaminato il primo caso di *stepchild adoption* in Italia da parte di due donne omosessuali italiane, le quali avevano contratto matrimonio in Spagna, dove, attraverso fecondazione eterologa, erano riuscite a realizzare altresì il loro comune progetto di genitorialità. Rientrate in Italia,

la madre non biologica, con il pieno assenso della partner, ha richiesto al Tribunale per i minorenni di Roma l'adozione della minore.

Il Tribunale ha autorizzato l'adozione attraverso un'interpretazione del vigente art. 44, comma 1, lett. d) della L. 184/1983, a favore della convivente della madre biologica della bambina, in base al legame affettivo esistente in concreto tra adottante e adottanda.

In particolare, i giudici minorili hanno constatato l'impraticabilità di ricorrere all'affidamento preadottivo della minore, in quanto quest'ultima aveva già un genitore perfettamente in grado di prendersene cura, e, in aggiunta, aveva sviluppato una relazione stabile di tipo parentale con la madre "non biologica", un rapporto meritevole di trovare riconoscimento giuridico nella disposizione di cui all'art 44[14]. Con riferimento alla «*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*», espressa nell'articolo più volte citato, il Tribunale sostiene che questa impraticabilità non debba essere interpretata come impossibilità "di fatto", bensì come impossibilità di "diritto", tale da ricomprendere anche minori che non si trovino in stato di abbandono, ma che abbiano interesse al riconoscimento giuridico della relazione parentale intrattenuta con il partner del genitore biologico[15].

Il Collegio ritiene, inoltre, che nessuna limitazione applicativa della norma in esame possa rivenire dall'orientamento sessuale della donna richiedente l'adozione disciplinata in casi particolari, poiché non è possibile stabilire che l'interesse del minore non possa realizzarsi anche nell'ambito di una famiglia composta da persone dello stesso sesso[16].

Dunque, secondo la Corte capitolina, la *ratio legis* della norma in esame è da individuarsi nel perseguimento in via prioritaria dell'interesse del minore, che deve costituire il perno fondante ed interpretativo dell'istituto dell'adozione, con la precisazione che "il criterio dell'*imitatio naturae*" in virtù del quale l'adozione dovrebbe rispecchiare il modello dominante della famiglia tradizionale unita dal vincolo del matrimonio, aveva già subito un ridimensionamento a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 145 del 1969 dove veniva precisato che, con riferimento agli artt. 3, 29 e 30 Cost., queste disposizioni "non vincolano l'adozione dei minori al criterio dell'*imitatio naturae*" esprimendo, invero, una mera indicazione di preferenza per l'adozione da parte di una coppia di coniugi, sulla scorta dell'esigenza di garantire al minore la stabilità necessaria sotto il profilo educativo ed affettivo.[17]

Il Tribunale per i minorenni ha ritenuto che un'interpretazione diversa della norma che disciplina l'"adozione in casi particolari", intesa a rigettare la richiesta di adozione a favore del partner omosessuale del genitore biologico della minore, sarebbe risultato in contrasto non solo con la L. 184/1983, ma anche con la stessa Costituzione e con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (artt. 8 e 14, che sanciscono rispettivamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione)[18].

Nondimeno, su questo particolare punto, si era già in precedenza pronunciata la Corte E.D.U. con riferimento al caso "*X ed altri contro Austria*", in cui ha riconosciuto in tema di *stepchild adoption* una violazione del menzionato articolo 14 della Convenzione nell'ipotesi di un ingiustificato trattamento giuridico riservato ai partner eterosessuali in danno delle coppie omosessuali, in quanto, nel caso di specie, nell'ordinamento austriaco siffatta forma di adozione era concessa solo alle coppie eterosessuali *de facto*[19]. D'altronde, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha sempre provveduto in via prioritaria a offrire una lettura in chiave dinamica ed evolutiva dei diritti e delle libertà sancite nella Convenzione, spesso indicata quale *living instrument*, le cui disposizioni devono essere declinate in funzione del progresso naturale della società civile e dei suoi valori. Inoltre, non si dimentichi che la Corte E.D.U. sollecita gli ordinamenti statali a rimuovere ogni ostacolo alla piena attuazione dell'uguaglianza sostanziale tra gli individui, pur lasciando alla discrezionalità di singoli Stati la scelta relativa ai mezzi più congrui da adottare per il raggiungimento di tale obiettivo[20].

Dalle considerazioni appena avanzate, non appare difficile comprendere che, già in epoca anteriore all'entrata in vigore dell'innovativa e tanto attesa Legge Cirinnà, la sentenza appena valutata rappresenti una prima, seppur timida, conquista giurisprudenziale per il progressivo affermarsi del diritto delle coppie omosessuali a costruire un proprio nucleo familiare, tutelato e riconosciuto a pieno dall'ordinamento italiano.

Orbene, all'opinione sostenuta dal Tribunale per i minorenni di Roma nel 2014, si è contrapposta la cosiddetta "tesi restrittiva"[21] dell'art. 44, I co., lett. d), in base alla quale l'espressione «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» debba essere configurata come impossibilità di "fatto" e non di "diritto"; secondo tale orientamento, il presupposto fondamentale di suddetta impossibilità risiede nella situazione di abbandono o di parziale abbandono del minore. In forza di siffatto indirizzo, l'interpretazione estensiva dell'art.44, I co., lett. d), così come prospettata dalla Corte capitolina, comporterebbe il ricorso all'istituto dell'"adozione in casi particolari" *«tutte le volte che ciò corrisponda all'interesse del minore, con conseguente aggiramento della condizione limitativa imposta dalla legge»*[22].

3.2 La decisione della Corte di cassazione, sentenza 22 giugno 2016, n. 1296

Al fine di dirimere i dubbi concernenti la presente questione, nel 2016 è intervenuta la Corte di cassazione con sentenza n. 12962[23] con la quale la Suprema Corte avalla la decisione del Tribunale per i Minorenni di Roma appena analizzata. Il giudice di legittimità scioglie il nodo interpretativo e stabilisce in maniera chiara l'ambito di applicazione dell'"adozione in casi particolari" disciplinata dall'art. 44, I co., lett. d) della L. 184/1983, fornendo altresì delucidazioni in merito al significato da attribuire alla sopramenzionata *«constatata impossibilità di affidamento preadottivo»*, delineata come condizione essenziale ai fini del ricorso alla tipologia di adozione in esame.

La Suprema Corte osserva che tale espressione deve essere interpretata anche in senso giuridico e non solo fattuale, prendendo in considerazione *«tutte le ipotesi in cui, pur in difetto dello stato di abbandono, sussista in concreto l'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami affettivi sviluppatisi con altri soggetti, che se ne prendano cura»*.

Invero, affermare che la sussistenza di una condizione di *«constatata impossibilità di affidamento preadottivo»* non può prescindere dal verificare la reale esistenza di una situazione di abbandono *«[...]condurrebbe sempre ad escludere che, nell'ipotesi di cui alla lettera d), l'adozione possa conseguire ad una relazione già instaurata e consolidata con il minore, essendo tale condizione relazionale contrastante con l'accertamento di una situazione di abbandono così come descritta nel citato articolo 8, comma 1, della Legge n. 184 del 1983[24]»* (cd. adozione legittimante, basata sulla condizione di abbandono del minore).

A ben vedere, infatti, nella lett. d) dell'art. 44 non viene delineato nessun requisito ai fini della definizione del profilo giuridico dell'adottante e del minore, venendo solo precisata la condizione della impossibilità dell'affidamento preadottivo; di conseguenza, l'ipotesi contrassegnata dalla lett. d) presenta senza dubbio un grado di determinazione inferiore alle altre precedentemente indicate nella norma[25].

Appare chiaro dalle considerazioni esposte che la Suprema Corte avvalorata la tesi interpretativa più ampia dell'art. 44, I co. lett. d), la quale ricomprende anche l'impossibilità di affidamento preadottivo "di diritto" e, pertanto, tutti i casi in cui, anche in assenza di uno stato di abbandono reale, esiste un concreto e tangibile interesse del minore a veder riconosciuti dall'ordinamento giuridico le relazioni parentali e i legami affettivi intrattenuti con soggetti diversi dal genitore biologico, con preminente riguardo ai *best interests of the child*.

Tale impostazione, sostenuta dai giudici di legittimità, ben si conforma alla pronuncia della Corte costituzionale n. 399/1999, in cui viene affermato che l'intera norma di cui all'articolo 44 costituisce una "clausola residuale"[26] per i casi particolari di adozioni non riconducibili alla categoria della cd. adozione legittimante, permettendo però l'adozione di minori anche quando non sussistano i presupposti per ricorrere a quest'ultima.

Di conseguenza, la Corte conclude che

«poiché all'adozione in casi particolari prevista dall'articolo 44 comma 1 lettera d) possono accedere sia le persone singole che le coppie di fatto, l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto ("la constatata impossibilità di affidamento preadottivo"), sia in concreto (l'indagine sull'interesse del minore imposta dall'art. 57, I co., n. 2[27]) non può essere svolto - neanche indirettamente - dando rilievo all'orientamento

sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner».

Ebbene, la Suprema Corte nella sentenza in questione adotta un approccio squisitamente garantista nei confronti dei diritti dei minori e delle famiglie "arcobaleno", confermando un orientamento della giurisprudenza italiana particolarmente virtuoso in materia di *stepchild adoption*.

3.3 Sentenza del Tribunale per i minorenni di Bologna del 25 giugno 2020 e l'interpretazione dell'art. 74 c.c.

Appare ulteriormente rilevante e interessante per l'analisi trattata della materia la recente pronuncia del Tribunale per i minorenni di Bologna, con particolare riferimento all'interpretazione dell'art. 74 c.c.

Il caso in esame riguarda due donne che, conosciutesi all'Università, decidono di intraprendere una relazione sentimentale e, successivamente, una stabile convivenza nel capoluogo emiliano. Volendo sperimentare la maternità, decidono di rivolgersi ad un centro di medicina riproduttiva in Belgio. Una delle due donne mette al mondo una bambina e, alcuni anni dopo, anche la sua partner diventa madre biologica di due gemelli maschi. Allo scopo di vedere riconosciuto legalmente il proprio legame con la figlia minore della compagna, la donna chiede al Tribunale dei minorenni la dichiarazione di adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, comma I d) della L. 184/1983 nonché la costituzione del rapporto di parentela tra i propri figli e la bambina adottanda, secondo il disposto dell' art. 74 c.c, il quale recita: *«la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti.»*

Il Tribunale bolognese, dopo aver intrapreso le necessarie e opportune indagini, accoglie entrambe le domande prospettate dalla ricorrente.

Con riferimento all'applicazione dell'art. 44, 1 co., lett. d), il Collegio per i minorenni adotta la tesi "estensiva" dell'interpretazione "in diritto" e non esclusivamente fattuale della *«constatata impossibilità di affidamento preadottivo»*, già condivisa dal Tribunale dei Minorenni di Roma e dalla Suprema Corte di cassazione, ribadendo ulteriormente l'orientamento giurisprudenziale maggioritario più volte analizzato e menzionato in questa sede.

Riguardo al secondo punto della questione, il Tribunale emiliano rammenta che l'art. 1, I co. della L. n. 219/2012^[28] ha modificato il disposto originario dell'art. 74 c.c., realizzando in

tal modo una piena ed efficace eguaglianza tra i figli, nel rispetto degli artt. 2, 3 e 30 della Costituzione, con riferimento sia a quelli nati all'interno del matrimonio ovvero al di fuori di esso che a quelli adottivi. Tuttavia, siffatto articolo non permette l'insorgenza del vincolo di parentela nel caso di adozioni di persone maggiori di età, configurata anch'essa come ipotesi di adozione non legittimante al pari della fattispecie disciplinata dall'art. 44; orbene, tale esclusione, comprendente anche l'adottato in casi particolari, veniva giustificata con la volontà del legislatore di tutelare una relazione *parafamiliare*^[29], differente e ulteriore rispetto a quella esistente tra l'adottando e il suo nucleo familiare "biologico", che comunque permane in quanto l'adozione non legittimante *«non rescinde il legame del minore con la propria famiglia d'origine ma offre semplicemente valenza giuridica ad un rapporto di fatto consolidatosi nel tempo fra adottante ed adottato*^[30]».

A tal proposito, l'articolo 55^[31] della legge 184/1983 chiude il titolo IV concernente l'adozione in casi particolari" attuando un rinvio automatico ad alcune norme del codice civile, fra cui l'articolo 300 c.c. il quale, al secondo comma, dispone che l'adozione di persona di maggiore età *«non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato né tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge»*.

Il Tribunale per i Minorenni sottolinea che con la novella 219/2012, enunciante la piena eguaglianza tra figli senza alcuna distinzione, la disciplina dettata dall'art. 55 nonché l'equiparazione degli adottati in casi particolari agli adottati maggiorenni non siano più attuali né corrispondenti all'interesse del minore da tutelare. A parere dei giudici, al minore non interesserebbe tanto veder riconosciuto legalmente il legame con i propri genitori biologici, bensì sarebbe per lui maggiormente fruttuoso il riconoscimento dei legami parentali con un nucleo familiare che *realmente* avverte come proprio. Invero, *«se non si applicasse l'art. 74 c.c., i minori [...] vedrebbero riconosciuto l'esclusivo legame di parentela con il rispettivo genitore intenzionale*^[32], *non instaurandosi tra loro alcun legame di fratellanza. I medesimi, quindi, paradossalmente, vivrebbero una condizione di fatto familiare in cui avrebbero il medesimo cognome e gli stessi legami affettivi, ma una condizione giuridica che li vedrebbe estranei gli uni agli altri, pur nella comunanza di vita»*^[33].

In questo scenario, il Tribunale ha ritenuto opportuno applicare l'art. 74 c.c. al caso concreto, sancendo che L. n. 219/2012 ha operato un'abrogazione tacita dell'art. 55 L. 184/1983, nella parte in cui richiama l'art. 300, II co., c.c., soprattutto per motivi di ordine sistematico e di armonia formale^[34].

In pratica, nell'opinione dell'autore della presente discussione, i giudici bolognesi sembrano auspicare una riformulazione dell'art. 74 c.c., per meglio sottolineare la valenza dell'unicità dello *status* di figlio, senza nessuna discriminazione, ratio questa fondamentale della

novella del 2012.

Di conseguenza tale soluzione, che a parere di chi scrive sembra configurarsi come soddisfacente in quanto sempre più tesa alla salvaguardia delle pretese e degli interessi dei minori adottandi da parte di coppie omosessuali, può essere letta altresì in piena conformità e in coordinamento con l'art. 315 c.c., in base al quale tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico.

4. Corte costituzionale, sentenza 9 marzo 2021, n. 32

Come sottolineato in principio dell'attuale trattazione, la Corte costituzionale nella recentissima sentenza n. 32/2021, adottata su questioni sollevate dal Tribunale di Padova, ha denunciato un grave vuoto normativo in materia di *stepchild adoption* di un minore nato attraverso PMA, praticata all'estero da coppie omosessuali.

Con l'espressione PMA, si fa riferimento a tutte le pratiche che consentano alle coppie di procreare, attraverso varie metodologie; tra queste tecniche, rientra anche la fecondazione assistita, che comprende la fecondazione in vitro dell'ovulo da parte dello spermatozoo, con lo scopo di dar vita a degli embrioni da impiantare successivamente nell'utero della madre. La fecondazione assistita si distingue poi in fecondazione omologa, quando entrambi i gameti vengono donati dai futuri genitori del nascituro e in fecondazione eterologa quando invece uno dei gameti proviene da un individuo esterno alla coppia[35].

Per poter comprendere a pieno le motivazioni che hanno ispirato la decisione della Corte, risulta opportuno sottolineare che la PMA - pratica che ha suscitato non pochi dibattiti non solo da un punto di vista squisitamente etico ma anche con riferimento alla sfera giuridica - è attualmente disciplinata dalla L. n. 40/2004[36]; a tal riguardo, la Corte costituzionale, con sentenza 10 giugno 2014, n. 162, ha dichiarato illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa contenuto in siffatta legge, in quanto lesivo degli artt. 2,3,29, 31 e 32 della Costituzione, stabilendo che la PMA di fatto incide su interessi e pretese costituzionalmente protette, tanto da richiedere un bilanciamento delle esigenze in gioco. Grazie a suddetta pronuncia, al giorno d'oggi la tecnica della fecondazione eterologa viene considerata una pratica lecita, condizionata, però, alla sussistenza dei presupposti indicati nella citata novella[37].

Nel caso di specie, il Collegio veneto era stato adito da una donna, madre intenzionale di due gemelle nate a seguito di PMA dalla compagna della stessa, per ottenere il riconoscimento giuridico del legame stabilito con le minori ai sensi dell'art. 8 della L. 40/2004 o di essere dichiarata genitore delle stesse in quanto prestatrice del consenso alla pratica di fecondazione eterologa; tuttavia la coppia non aveva effettuato una dichiarazione congiunta dinanzi ad un ufficiale dello stato civile circa la nascita delle due bambine, avvenuta peraltro in Italia.

Terminata la relazione dopo anni di convivenza, alla madre intenzionale non era stato concesso il libero esercizio della responsabilità genitoriale, nonostante il rapporto intenso e affettivo instauratosi con le gemelle; nondimeno, il ricorso all'adozione in casi speciali non era praticabile, in quanto l'art. 46[38] della legge n. 184/1983 stabilisce necessariamente l'assenso del genitore legale (la madre biologica) dell'adottando che, nell'ipotesi concreta, invece era stato negato.

Di conseguenza, alla luce della disciplina vigente, il Tribunale di Padova aveva ritenuto di non poter accogliere le richieste della ricorrente, riscontrando un vuoto normativo evidente sulla questione dei figli nati da partner dello stesso sesso attraverso PMA. Pertanto, il giudice padovano aveva promosso questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 8 e 9 della L. n. 40/2004 e all'art. 250 c.c.[39]. Infatti, secondo il Tribunale rimettente, le disposizioni della L. 40/2004 contestate permetterebbero il riconoscimento della responsabilità genitoriale nei confronti della madre o del padre intenzionale dei nati in seguito a PMA soltanto ove ricorrano le condizioni indicate nell' art. 5 della medesima legge, cioè quando i genitori siano di sesso diverso; la norma recita espressamente *«possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»*. Nella fattispecie in questione, non vi sarebbero nemmeno i presupposti per procedere all'adozione ex art. 44, I co., lett. d), in quanto si richiede ai sensi dell'art. 46 della novella del 2004 necessariamente il consenso del genitore biologico.

La Corte costituzionale dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionalità sollevate dal Collegio padovano. Tuttavia, quel che rileva in questa sede è la posizione assunta dalla Corte, la quale conferma l'assoluta impellenza di un intervento normativo adeguato, considerando che *«il grave vuoto di tutela dell'interesse del minore, nato da fecondazione eterologa praticata all'estero da due donne il cui rapporto, dopo anni, è diventato conflittuale, non sarà più tollerabile se si protrarrà l'inerzia del legislatore»*.

Il quesito di legittimità costituzionale posto dal giudice *a quo* ha dimostrato come il ricorso alla *stepchild adoption* non sia in grado di costituire un valido nonché completo strumento di protezione del nato da coppie omosessuali; a sostegno del suo orientamento, la Corte sottolinea che, anche in presenza di un rapporto di filiazione concretamente effettivo con la madre intenzionale, attualmente non può essere utilizzato nessun mezzo di tutela legale per far valere i diritti delle gemelle e il loro *best interests*.

Non a caso, a tal proposito, la Corte costituzionale riprende il principio posto a garanzia del miglior interesse del minore, enucleato all'interno della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989, in cui si stabilisce che, nell'ambito dell'approvazione di leggi o comunque di provvedimenti che interessino il minore, *«the best interests of the child shall be a primary consideration»*[40].

Il giudice costituzionale auspica, quindi, un intervento del legislatore sulla materia quanto più rapido possibile, al fine di giungere ad un giusto ed equo bilanciamento dei beni costituzionali coinvolti e nel pieno rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali del minore.

Tale intervento, a detta della Corte, potrebbe realizzarsi mediante una riscrittura delle disposizioni stabilite in tema di riconoscimenti o nell'introduzione di una procedura efficace volta a garantire l'interessa dei diritti connessi allo *status filiationis*, consentendo di ovviare alla frammentarietà che caratterizza la disciplina giuridica della condizione dei nati da PMA ad opera di coppie dello stesso sesso^[41].

5. Riflessioni conclusive

Dalle considerazioni finora avanzate, è possibile affermare che la Corte costituzionale ha riaperto il dibattito concernente l'adozione di minori da parte di coppie omosessuali in Italia, ponendo l'accento sulla necessità di un intervento normativo adeguato che abbia come principale ed esclusivo obiettivo quello di provvedere all'interesse del bambino, prescindendo da ogni sorta di discussione morale ed etica in quanto avulsa dall'ambito prettamente giuridico.

Orbene, risulta innegabile che la giurisprudenza italiana si sia evoluta nel corso degli anni a favore della piena tutela non solo delle coppie omosessuali ma anche dei loro figli, come chiaramente dimostra l'interpretazione dell'art. 4, I co, lett.d) della L. 184/1983, la quale estende altresì alle *same-sex couples* la possibilità di ricorso all' "adozione in casi particolari".

Sebbene in passato l'Italia sia stata ripetutamente additata come un Paese poco sensibile agli interessi della comunità LGBTI, l'evoluzione giurisprudenziale in materia di nati da partner omosessuali a seguito di PMA ha manifestato una connotazione prettamente garantista dei diritti delle coppie omosessuali, tale da incarnare altresì un punto di partenza importante per futuri interventi del Legislatore volti a raggiungere fini costituzionalmente necessari.

Invero, a parere di chi scrive, proprio il Legislatore dovrebbe introdurre, in qualità di strumento più adatto a colmare il vuoto normativo in esame, una nuova tipologia di adozione (soluzione peraltro prospettata anche dalla stessa Corte costituzionale) che sia esplicitamente indirizzata ai minori venuti al mondo attraverso fecondazione eterologa praticata da partner dello stesso sesso; tale categoria "innovativa" di adozione dovrebbe, inoltre, prospettare la possibilità di ricorso ad una procedura adottiva standard e minuziosamente dettagliata, al fine di evitare interpretazioni ambigue della futura disciplina, tale da comprometterne l'applicazione effettiva, eliminando per sempre ogni

sorta di discriminazione e violazione dei diritti fondamentali del minore e/o del proprio nucleo familiare.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cit. Corte cost. Sent. 9 marzo 2021, n. 32

[2] M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Quarta edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p. 180

[3] *Ibid.*

[4] Sul punto, si veda Corte cost. Sent. 28 novembre 2002, n. 494

[5] Cfr. Camera dei deputati: Temi dell'attività parlamentare XVII legislatura, *Il dibattito sulla stepchild adoption*

[6] Legge 4 maggio 1983, n. 184, recante norme sulla "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori"

[7] L'adozione legittimante del minore è consentita a favore dei minori che versino in uno stato di abbandono e cioè quando il minore sia privato dell'assistenza morale e materiale da parte dei genitori o di chi è tenuto a provvedervi (ad esempio, i parenti). Sulla disciplina integrale dell'adozione del minore, si veda A. TORRENTE, P. SCHLENSINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 1321 ss.

[8] Cfr. Trib. per i Minorenni di Bologna Sent. del 25 giugno 2020, p. 4

[9] Si veda, ad esempio, Trib. per i Minorenni di Bologna Sent. del 25 giugno 2020, p. 5

[10] Così Trib. per i Minorenni di Milano Sent. del 28 marzo 2007, n. 626: "*Certamente nella originaria idea del legislatore l'adozione in casi particolari aveva l'obiettivo, quanto alla ipotesi di cui alla lettera B) di rafforzare legami di fatto esistenti nell'ambito della unità familiare e, quanto alle altre ipotesi, di evitare a minori per i quali non fosse possibile l'adozione legittimante, il ricovero in istituti. In realtà l'evoluzione dei costumi e delle diverse forme dei legami affettivi significativi ha via via ampliato la portata della norma di carattere residuale in esame, giacché ciò che deve costituire il principio fondamentale cui ispirarsi è il preminente interesse del minore nel caso concreto*"; Corte d'Appello di Firenze Sent. del 4 ottobre 2012, n.1274 "[...] l'adozione ai sensi dell'art 44 lett. B della L. n. 184/1983, pur espressamente dedicata all'ipotesi del coniuge, non esclude la possibilità del convivente ai sensi dell'art. 44 lett. D, quando, come nella specie, ciò corrisponda all'interesse dell'adottando"

[11] Trib. per i Minorenni di Bologna Sent. del 25 giugno 2020, p. 4

[12] Cit. M. SANTISE, *op. cit.*, p. 179

[13] Sul punto, si veda anche Corte di Appello di Torino Sent. 27 maggio 2016 (pres. Mecca, est. Lanza)

[14] Cfr. Diritti e tutele in tema di adozione: nota a sentenza n. 299/2014 del Tribunale per i minorenni di Roma, in *Pensareildiritto.it*, <https://www.pensareildiritto.it>

[15] M. SANTISE, *op.cit.*, p. 181

[16] A tal proposito, l'articolo 57 della L. 184/1983 stabilisce espressamente che, ai fini dell'autorizzazione all'adozione in casi particolari, "*il tribunale verifica:1) se ricorrono le circostanze di cui all'articolo 44;2) se l'adozione realizza il preminente interesse del minore*".

[17] Cit. Tribunale per i minorenni di Roma Sent. 30 luglio 2014, n. 299

[18] Diritti e tutele in tema di adozione: nota a sentenza n. 299/2014 del Tribunale per i minorenni di Roma

[19] C.E.D.U. Sent. del 19 febbraio 2019 nel ricorso n. 19010 del 2007, caso "*X and Others v. Austria*". "*Such a difference in treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised*." Cit. p. 26. Si veda anche F. CRISAFULLI, *Same-Sex Couples' Rights (Other than the Right to Marry) Before the ECtHR*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (ed.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, Berlino, 2014, p. 425

[20] Cfr. Trib. per i Minorenni di Bologna Sent. del 25 giugno 2020, p. 4

[21] In tal senso, si veda, ad esempio, Corte di Appello di Torino Sent. 29 ottobre 2014 e Sent. 27 maggio 2016

[22] Cit. M. SANTISE, *op.cit.*, p. 182

[23] Cass. Civ., Sez. I Sent. 22 giugno 2016, n. 12962

[24] "*Sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza*

maggior di carattere transitorio."

[25] Cfr. I. STELLATO, *Adozione - Cassazione Civile: stepchild adoption e coppie same sex: via libera in casi particolari*, in *Filodiritto*, 25 ottobre 2016; M. SANTISE, *op.cit.*, pp. 183 ss.

[26] Cfr. Corte cost. Sentenza 7 ottobre 1999, n. 383. Risulta interessante ai fini della presente discussione riportare un passaggio di tale pronuncia: " *l'art. 44 della legge n. 184 del 1983 si sostanzia in una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione "legittimante", consentendo l'adozione dei minori "anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'art. 7". In questa logica di apertura, la lettera c) fornisce un'ulteriore "valvola" per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lettere a) e b). A differenza di quella "legittimante", la particolare adozione del citato art. 44 non recide i legami del minore con la sua famiglia di origine, ma offre allo stesso la possibilità di rimanere nell'ambito della nuova famiglia che l'ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui: i parenti o le persone che hanno con lui rapporti stabili e duraturi preesistenti alla perdita dei genitori, ovvero il nuovo coniuge del genitore[...].E' evidente allora che, nelle ipotesi considerate, il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante", ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima. Ciò è pienamente conforme al principio ispiratore di tutta la disciplina in esame: l'effettiva realizzazione degli interessi del minore.*"

[27] Ai sensi dell'art. 57, I co., n. 2 della L. 184/1983, prima di pronunciarsi sull' "adozione in casi particolari", il Tribunale deve verificare se tale adozione realizza il preminente interesse del minore. " *L'indagine dovrà riguardare in particolare: a) l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti.*"

[28] L. 10 dicembre 2012, n. 219, recante " *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali.*"

[29] Cit. Trib. per i Minorenni di Bologna Sent. del 25 giugno 2020, p. 9

[30] *Ibid.*

[31] Art. 55: " *Si applicano al presente capo le disposizioni degli articoli 293,294, 295, 299, 300 e 304 del codice civile.*"

[32] Il genitore intenzionale viene definito come la persona che intende prendersi cura, crescere ed educare i figli biologici del partner

[33] Cit. Trib. per i Minorenni di Bologna Sent. del 25 giugno 2020, p. 10

[34] Il Tribunale stabilisce che: " *l'art. 74 c.c. nella sua attuale formulazione nonché interpretazione, rovesci il rapporto tra il principio dell'unicità dello status di figlio, affermato dalla l. 219/2012, ed i suoi effetti. In questo modo, infatti, si applicherebbe un diverso trattamento, con il risultato della creazione di un ingiustificato doppio binario, per situazioni che, pur partendo da un comune denominatore (es. stato di abbandono) abbiano poi dovuto seguire iter differenti. Ecco che, in tal modo, non verrebbe realizzata la funzione intrinseca della novella sulla filiazione, ovvero quella di eliminare ogni tipo di discriminazione tra i figli, anche dal punto di vista dei legami parentali, ed è per questa ragione che si può parlare di abrogazione tacita.*" Sul punto, si veda anche A. SCALERA, *Stepchild adoption: una decisione in chiaroscuro*, in *QuestioneGiustizia.it*, 27 ottobre 2020

[35] M. SANTISE, *op. cit.*, p. 200

[36] Legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante " *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.*" Sul punto in esame, si veda anche G. BOTTEGHI, *Maternità surrogata: riconoscimento di figli di coppie omosessuali in Italia*, in *Diritto.it*, 18 marzo 2021

[37] Si veda, in particolare, artt. 4, 5, 6 di suddetta legge

[38] " *Per l'adozione e' necessario l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando. Quando negato l'assenso previsto dal primo comma, il tribunale, ,sentiti gli interessati, su istanza dell'adottante, puo', ove ritenga il rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, pronunciare ugualmente l'adozione, salvo che l'assenso sia stato rifiutato dai genitori esercenti la potesta' o dal coniuge, se convivente, dell'adottando.*"

[39] In relazione agli artt. 2,3,30 e 117, I co. Cost, quest'ultimo con riferimento alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 firmata a New York, e con riferimento agli artt. 8 e 14 della C.E.D.U.

[40] Con riferimento a tale statuizione, si è pronunciata anche la C.E.D.U., ad esempio nella sentenza nella sentenza 5 novembre 2002 " *Yousef v. The Netherlands*", application no. 33711/96, stabilendo che " *the child's rights*

must be the paramount consideration"; o ancora, nella sentenza della Grande Camera del 26 novembre 2013, "X v. Latvia", application no. 27853/09

[41] La Corte conclude sancendo che "Il terreno aperto all'intervento del legislatore è dunque assai vasto e le misure necessarie a colmare il vuoto di tutela dei minori sono differenziate e fra sé sinergiche."

Bibliografia

- BOTTEGHI G., *Maternità surrogata: riconoscimento di figli di coppie omosessuali in Italia*, in *Diritto.it*, 18 marzo 2021
- CAMERA DEI DEPUTATI, Temi dell'attività parlamentare XVII legislatura, *Il dibattito sulla stepchild adoption*
- GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P. (ed.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, Berlino, 2014, p. 425
- SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Quarta edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 180 ss.
- SCALERA A., *Stepchild adoption: una decisione in chiaroscuro*, in *QuestioneGiustizia.it*, 27 ottobre 2020
- STELLATO I., *Adozione - Cassazione Civile: stepchild adoption e coppie same sex: via libera in casi particolari*, in *Filodiritto*, 25 ottobre 2016
- TORRENTE A., SCHLENSINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 1321 ss.

IL VALORE DEL LAVORO TRA LA COSTITUZIONE E LE ULTIME RIFORME

La Costituzione del 1948 riconosce al lavoro un ruolo centrale: esso costituisce il fondamento della Repubblica Italiana. Nel corso del tempo, il legislatore ha adottato una gamma di leggi, particolarmente criticate in termini di tutela del lavoro e dei lavoratori. Il presente contributo analizza le principali riforme del mercato del lavoro con un intento ben preciso: verificare se il lavoro ancora oggi assuma quella speciale rilevanza attribuitagli dalla Costituzione. La crisi pandemica e la predisposizione di nuove forme di sostegno economico sembrano entrare in collisione con il dettato costituzionale.

autore **Luana Leo**

Abstract ENG

The 1948 Constitution recognizes a central role to work: it constitutes the foundation of the Italian Republic. Over time, the legislator has adopted a range of law, particularly criticized in terms of labor and worker protection. This paper analyzes the main reforms of the labor market with a very specific intent: to verify whether work still assumes the special importance attributed to it by the Constituents. The pandemic crisis and the provision of new forms and economic support seem to collide with the constitutional dictate.

Sommario: 1. Il concetto di lavoro nella Carta Costituzionale; 2. Il diritto sociale al lavoro; 3. Lavoro e politica; 4. Le fonti europee ed internazionali; 5. L'evoluzione del mercato del lavoro italiano negli anni Novanta; 6. Lo spirito costruttivo della Legge Biagi; 7. I disordini della Riforma Fornero; 8. Il Jobs Act: verso la flessione della tutela del lavoro; 9. L'intreccio lavoro-salute nell'emergenza epidemiologica da Covid-19; 10. Il lavoro minorile in Italia: una "piaga" sociale da reprimere; 11. Considerazioni conclusive.

1. Il concetto di lavoro nella Carta costituzionale

Rileggendo il testo costituzionale nel contesto attuale, rivolgendo l'attenzione alle norme dedicate al mondo del lavoro, inevitabilmente affiora questione se esso costituisca ancora il fondamento della Repubblica, come afferma solennemente l'art. 1 della Costituzione.

Nella Legge Fondamentale del 1948, i termini "lavoro" e "lavoratori", al pari delle relative prestazioni lavorative, figurano più volte.

Il dibattito sorto in ordine al concetto di lavoro nella Costituzione si è sviluppato intorno allo scontro tra un significato ampio, includente qualsiasi attività tesa al progresso materiale e spirituale, e uno esiguo, che lo ridimensiona alla prestazione d'opera^[1].

Al fine di giungere ad una definizione unitaria, sono state messe a punto due opzioni.

Una corrente[2] di pensiero legava il concetto di lavoro alla posizione subordinata del prestatore d'opera, tracciando una relazione tra l'art. 1 Cost. e l'intento di emancipazione sociale riscontrabile nell'art. 3, comma 2, Cost.

In base ad un'ulteriore parte della dottrina[3], invece, il concetto di lavoro doveva essere concepito come qualsiasi attività mirante allo sviluppo del Paese, ricollegando così il fondamento lavoristico della Repubblica all'art. 4, comma 2, Cost.

Tale ultima soluzione interpretativa prevale, poiché considerata rispondente alle intenzioni del Costituente e tale da non confutare il progetto di emancipazione sancito nell'art. 3, comma 2, Cost.

Tale previsione, infatti, non delinea una relazione tra il concetto di lavoratore e quello di individuo vulnerabile.

Esso richiama gli ostacoli che impediscono la partecipazione di tutti i lavoratori; da ciò ne discende una concezione di lavoratore estesa, tale da ricomprendere non solo i prestatori d'opera, ma anche gli imprenditori, i liberi professionisti, i pensionati, gli studenti e i disoccupati alla ricerca di un lavoro.

Oltre a tali soluzioni, si segnala la posizione di Rescigno[4], il quale ricomprende nella categoria in esame quanti

“patiscono col proprio corpo un dispendio di energie fisiche e nervose al fine di procacciare a sé stessi i mezzi necessari per la propria vita ed eventualmente per la vita di coloro che sono a loro carico”.

L'entusiasmo emerso per accoglimento della soluzione più ampia ha finito per trascurare l'effettivo significato della decisione costituzionale di fondare sul lavoro la Repubblica democratica.

Occorre prendere le mosse dalla ben nota tripartizione delle attività dell'uomo nel mondo delineata dalla politologa *Hannat Arendt*, nonché l'attività lavorativa, l'operare e l'azione[5].

La prima è strettamente legata alla sfera delle necessità e della riproduzione della specie. A tale sfera appartiene *l'animal*, soggetto ai condizionamenti materiali della natura. La seconda è connessa alla sfera dell'artificialità.

Nella suddetta sfera si ritrova *l'homo*, non più *animal*. Infine, la terza è la sfera del dialogo,

della vita sociale e politica. In tale sfera, agisce l'*homo*, non più isolato, ma accompagnato da altri soggetti.

Dal quadro costituzionale emerge la forte volontà dei Costituenti di non tralasciare nessuna delle tre sfere. Innanzitutto, la Costituzione ha posto in risalto *l'attività lavorativa*.

La scelta di porre a fondamento della medesima, avente stampo democratico e incentrata sulla libertà, la dimensione del bisogno non deve sorprendere.

Per i greci ed i romani, infatti, il concetto di lavoro era intimamente unito alla necessità, tant'è che tutti gli uomini erano ritenuti schiavi di essa[6].

Il richiamo all'*azione* avviene da parte dell'art. 1 nel punto in cui puntualizza che quella fondata sul lavoro è una Repubblica democratica.

Il ricorso alla "democrazia" implica che, oltre all'eguaglianza, anche la libertà costituisce uno dei principi fondativi della Repubblica. Il riferimento all'*operare*, invece, necessita di una spiegazione puntuale.

Esso è presente in maniera implicita nella previsione dei limiti giuridici della sovranità popolare: tali limiti sono situati in una zona in cui si incontrano la sfera prepolitica con quella politica. Il fondamento sul lavoro occulta un elemento di notevole rilievo. Il lavoro è comune a tutti.

È per tale motivo che l'art. 4 Cost. impone il dovere del lavoro.

Come marcato da Mortati[7], la Costituzione vede nel lavoro il "*valore da assumere come fattore necessario alla ricostituzione di una nuova unità spirituale, richiedente un processo di graduale omogeneizzazione della base sociale, presupposto per il sorgere di una corrispondente struttura organizzativa, di un nuovo tipo di collegamento fra comunità e Stato*".

La volontà di stilare il lavoro (anche) come un dovere deriva dalla necessità di sopperire la sua centralità antropologica con la sua centralità etica ove la prima venga meno[8].

2. Il diritto al lavoro come diritto sociale

Nel diritto al lavoro si riscontra la tipica complessità dei diritti sociali[9]. Tale diritto sociale si presenta come il più discusso ed incerto, in ragione della molteplicità dei significati ad esso conferiti.

Tradizionalmente, i diritti sociali vengono suddivisi, a seconda della loro configurazione costituzionale, in diritti sociali di autonomia, diritti incondizionati e diritti condizionati.

I primi manifestano una struttura giuridica che, per taluni tratti, permette di equipararli ai diritti di libertà, ove attribuiscono ai titolari un margine di autonomia e di libertà d'azione della persona, protetta così da atti restrittivi di poteri pubblici e privati.

I diritti incondizionati attengono a rapporti giuridici istituiti su libera iniziativa delle parti; essi sono azionabili dagli aventi diritto nei confronti della controparte pubblica o privata. I diritti condizionati, invece, implicano la previa assistenza di strutture organizzative che ne permettano l'erogazione delle prestazioni[10].

Come sostenuto in dottrina, infatti, *“prima dell’attuazione di tali presupposti di effettività, i diritti sociali di questa categoria sono efficaci soltanto oggettivamente, come norme fondamentali che impartiscono un compito al legislatore”*[11].

La ripartizione appena delineata è stata compiuta con l'intento di segnalare un dato essenziale: il diritto al lavoro abbraccia tutti i significati imputati alla nozione di diritto sociale.

In tale senso, il diritto al lavoro non è circoscrivibile nella sola sfera dei diritti condizionati: l'art. 4 Cost. non si limita ad accordare un principio fondamentale di tipo finalistico, ma ammette un diritto di libertà della persona umana[12].

Una questione interessante concerne la natura del precetto contenuto nell'art. 4, comma 1, Cost.

Inizialmente, si è tentato di confinare esso nel campo delle norme meramente programmatiche e di indirizzo, data l'attribuzione al legislatore del compito di provvedere alla sua attuazione[13].

Tuttavia, nel corso del tempo sono emerse altre letture volte a scorgere nell'art. 4, comma 1, Cost. contenuti precettivi[14].

A tale proposito, è stato precisato che una disposizione deve essere considerata precettiva *“non solo quando sia azionabile nei confronti di un determinato soggetto, ma altresì quando importi un vincolo nei confronti del potere legislativo, finendo così per “dettare” una norma di principio da sviluppare progressivamente ad opera del legislatore”*[15].

La mancanza di una posizione giuridico soggettiva non è di per sé condizione e sufficiente ad escludere il carattere precettivo della norma; tale circostanza avviene quando la disposizione si limiti a prevedere meri programmi per il legislatore.

La natura precettiva della norma è stata tratta dalla stessa struttura del diritto al lavoro.

In particolare, all'interno del diritto al lavoro, sono state individuate due diverse dimensioni, complementari tra di loro.

La prima, avente carattere negativo, implica una protezione del diritto come “diritto di agire”, ossia “libertà al lavoro”.

In tale dimensione, il diritto al lavoro è un diritto sociale di libertà, da concepirsi nel seguente modo: libertà (in senso negativo) di accesso nel mondo del lavoro, con conseguente divieto di disporre barriere inopportune all'ingresso in tale ambito; libertà (in senso positivo) di adempiere un'attività conforme alla propria scelta e alle proprie capacità professionali.

Su tale ultimo profilo, si è pronunciata la Corte costituzionale, la quale ha interpretato il diritto al lavoro *“diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa”* [\[16\]](#).

La seconda dimensione del diritto sociale al lavoro è quella positiva: i pubblici poteri sono tenuti ad intervenire al fine di assicurare la concreta attuazione del precetto, dotandolo di effettività [\[17\]](#).

In tale contesto, il diritto al lavoro deve essere inquadrato quale diritto sociale ad una prestazione pubblica, la cui attuazione dipende da specifiche misure.

Esso, dunque, è un diritto condizionato: il suo godimento e la sua azionabilità non sono automatici, ma implicano apposite strutture normative ed organizzative per le erogazioni delle prestazioni.

Per quanto concerne la titolarità del diritto, emergono due concezioni.

La prima attribuisce il diritto sociale a tutti indifferentemente, poiché esso costituisce un elemento di appartenenza ad una determinata comunità [\[18\]](#).

La seconda concezione ritiene che il diritto sociale debba riconoscersi ai soggetti in maniera differente, in ragione della condizione di svantaggio in cui si trovano rispetto al bene tutelato.

Da ciò ne deriva che, la posizione di svantaggio non attiene al soggetto, quanto invece alla sua relazione con il bene protetto [\[19\]](#).

3. Lavoro e politica

L'art. 4, comma 2, Cost., concepito come dinamica partecipazione di tutti i lavoratori alla costruzione del Paese, presenta un'indiscutibile impronta politica.

La Costituzione, nel momento in cui fonda sul lavoro le istituzioni democratiche della Repubblica, e statuisce il dovere in capo ad ogni cittadino di espletare un'attività che contribuisca al progresso materiale o spirituale della comunità, orienta ognuno verso la vita esatta, favorendo così la collocazione del singolo nella costruzione della Repubblica.

Tuttavia, il lavoro visto in tale ottica, non è solo riproduzione della personalità del cittadino nella società, ma anche manifestazione della volontà di cambiamento, di sviluppo della comunità.

Una corrente di pensiero[20], infatti, sostiene che

“esso non può cioè esaurirsi in una attività interna alla società, che collochi il lavoratore in una specifica posizione, o gli consenta di salire o scendere i gradi di un ordine sociale, comunque, immutabile; ma piuttosto deve consistere nel perseguimento di finalità ad essa esterne, che conducano alla sua trasformazione, al suo progresso”.

In tale scenario, trova margine l'acceso contrasto tra le motivazioni adottate a sostegno del reddito di cittadinanza e la lettura del primo comma dell'art. 4 Cost.

La necessità di ricorrere al reddito di cittadinanza prende le mosse dal fatto[21] che

“il lavoro – il lavoro dignitoso – è insostituibile nella vita di un uomo: fonte non solo di sussistenza, ma anche di elevazione intellettuale e morale, di dignità, identità, socialità. [...] Tuttavia, quando non si può lavorare perché il lavoro non c'è, non si può – pur di non cadere nella trappola della resa al fallimento delle politiche occupazionali – far gravare per intero il fardello di quel fallimento sulle spalle dei cittadini che, senza loro colpa, sono rimasti tagliati fuori dall'occupazione (o da un'occupazione stabile) relegandoli nel “ghetto dei superflui”.

Tale lettura, a parere di chi scrive, non è corretta. Alla Repubblica non spetta concedere lavoro, bensì creare le condizioni che consentano uno sviluppo economico e sociale in grado di rendere concreto il diritto al lavoro per tutti. L'intento non è quello di sostenere l'inutilità delle misure di sostegno.

In tale sede, si vuole spiegare come il reddito di cittadinanza non possa essere considerato “costituzionalmente necessario”[22].

D'altro canto, il diritto al lavoro ha generato numerose perplessità nel corso dei lavori in Assemblea costituente: gli stessi Costituenti chiarirono come alla Costituzione competeva investire su di esso.

4. Le fonti europee ed internazionali

Prima di riportare gli interventi legislativi italiani in materia di lavoro, occorre soffermare l'attenzione sulle fonti sovranazionali.

Le disposizioni europee relative al lavoro vengono riscontrate nei Trattati; da qui, ne emerge una rafforzata sensibilità per la dimensione sociale dell'UE.

Occorre segnalare che le politiche comunitarie hanno mutato la visione originaria del Trattato di Roma del 1957. Esso, infatti, insisteva sulla realizzazione degli scopi volti a garantire la libera circolazione dei beni e delle persone e la concorrenza tra le imprese.

Con l'entrata in vigore dei due successivi Trattati (Maastricht e Amsterdam), l'Unione Europea ha assunto una competenza crescente in materia di lavoro.

Il Trattato di Lisbona si è limitato a recepire l'eredità politica costituzionale. Come già enunciato, le previsioni in materia di lavoro si rilevano nei Trattati europei.

L'art. 3 TUE comprende tra i propri obiettivi la promozione di un elevato livello di occupazione e la realizzazione di uno sviluppo equilibrato e sostenibile; l'art. 146 TUE, nel nuovo titolo IX attinente all'occupazione, reputa tale tema una questione di interesse comune tra gli Stati membri.

L'art. 157 TUE riporta come obiettivi della politica sociale comunitaria: il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, la promozione dell'occupazione, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane volto a permettere un livello occupazionale alto e di lunga durata, la lotta contro l'emarginazione.

Un aspetto cruciale della suddetta norma consiste nel richiamo e nel riconoscimento dei diritti sociali fondamentali contemplati nella Carta sociale europea del 1961 e nella Carta comunitaria del 1989.

Particolare rilevanza assume l'art. 6 TUE, che riconosce i diritti, le libertà ed i principi enunciati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000 (c.d. Carta di Nizza) avente lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Di conseguenza, si ammette il valore primario dei diritti costituenti l'insieme dei valori fondamentali verso cui è orientata l'azione dell'Unione, come il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, il diritto di negoziazione e di azioni collettive, il diritto di accesso ai servizi di collocamento, la tutela nell'ipotesi di licenziamento ingiustificato, le condizioni di lavoro giuste ed eque, il divieto del lavoro minorile e la protezione dei giovani sul posto di lavoro, la vita familiare e quella

professionale, la sicurezza e l'assistenza sociale. In concreto, procedendo in tale maniera, la politica sociale non assolve più una funzione minoritaria ed accessoria, come avveniva in precedenza.

Lo statuto giuridico dei diritti fondamentali dei lavoratori nell'UE rimane debole, in ragione dell'asimmetria[23] che ancora contraddistingue l'ordinamento europeo tra dimensione economica e dimensione sociale.

Sul piano internazionale, merita di essere segnalata la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU), che proibisce il lavoro forzato od obbligatorio (art. 4) e riconosce il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi per la difesa dei propri interessi (art. 9).

Altra fonte di notevole interesse è rappresentata dalle Convenzioni dell'OIL (Organizzazione Internazionale del Lavoro).

Il tratto *standard* delle suddette norme consiste nella mancata applicabilità nell'ordinamento interno senza la previa recezione o conversione in norme interne.

Essendo trattati internazionali naturali, tali Convenzioni obbligano solo gli Stati che le ratificano e impongono un numero minimo di ratifiche prima della loro entrata in vigore.

L'OIL è un'organizzazione internazionale istituita nel 1919 e divenuta poi agenzia specializzata dell'ONU.

Essa risulta composta da tre organi: la Conferenza Internazionale del Lavoro, alla quale partecipano gli Stati Membri, rappresentati da ben quattro membri (due esponenti del Governo, un delegato per le organizzazioni nazionali dei lavoratori ed uno per quelle dei datori di lavoro); il Consiglio di Amministrazione, al quale spettano le decisioni di maggiore importanza, avente mandato triennale; l'Ufficio Internazionale del Lavoro (noto come BIT), considerato come un semplice organo amministrativo operante sotto il controllo di un Direttore generale, il cui compito è quello di formulare le delibere del Consiglio di Amministrazione e gli atti della Conferenza, oltre a quello di controllare la concreta applicazione delle Convenzioni.

I propositi universalistici dell'OIL sono stati messi a punto dalla Dichiarazione di Philadelphia del 1944, nella quale sono consolidati quattro principi determinanti:

“il lavoro non è una merce”; “la libertà di espressione e di associazione è condizione indispensabile di un dignitoso progresso”; “la povertà, ovunque esista, è pericolosa per la prosperità di tutti”; “la lotta contro il bisogno dev'essere continuata in ogni paese con instancabile vigore ed accompagnata

da continui e concertati contatti internazionali nei quali i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro, in condizioni di parità con i rappresentanti governativi, discutano liberamente e prendano decisioni di carattere democratico nell'intento di promuovere il bene comune”.

Attualmente, le Convenzioni dell'OIL rivestono un ruolo minoritario, data la preminenza accordata al diritto interno e al diritto dell'UE[24].

5. L'evoluzione del mercato del lavoro italiano negli anni Novanta

Con la fine del XX secolo, il mercato del lavoro italiano conosce un radicale mutamento a livello legislativo.

Tale rivoluzione prende le mosse dall'Accordo del luglio 1993 voluto dall'allora Presidente della Repubblica, Carlo Azeglio Ciampi, focalizzato sulla riduzione dell'inflazione mediante la moderazione salariale.

In virtù dell'omesso conseguimento del fine prefissato, si decise di introdurre maggiore flessibilità mediante il c.d. “*Pacchetto Treu*” (legge 24 giugno 1997, n. 196).

Esso, oltre ad apportare modifiche al contratto *part-time* e al contratto a tempo determinato, introduce i contratti per la fornitura e lo svolgimento di prestazioni di lavoro temporale, noto come lavoro interinale.

Con riguardo al *part-time*, si è cercato di venire incontro alle esigenze di giovani e donne residenti soprattutto nelle Regioni Meridionali.

Per quanto concerne i contratti a tempo determinato, il legislatore ha consentito la continuazione del contratto oltre il termine di scadenza predeterminato.

La nuova normativa sanzionatoria non ammette più la conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in caso di continuazione del rapporto oltre il termine inizialmente statuito[25].

Come già espresso, la vera novità del “*Pacchetto Treu*” consiste nell'introduzione del lavoro interinale[26] già radicato nelle realtà sovranazionali, nonché il

“contratto mediante il quale un'impresa di fornitura di lavoro temporaneo, di seguito denominata “impresa fornitrice”, iscritta all'albo [...], pone uno o più lavoratori, di seguito denominati “prestatori di lavoro temporaneo”, da essa assunti con il contratto [...], a disposizione di un'impresa che ne utilizzi la prestazione lavorativa, di seguito denominata “impresa utilizzatrice”, per il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo [...]”.

La posizione del lavoratore è protetta da particolari garanzie: dall'obbligo di tutela della salute e di sicurezza sui luoghi di lavoro, al godimento per il suddetto lavoratore dei medesimi diritti sindacali riconosciuti agli altri lavoratori, fino alla parità di trattamento retributivo rispetto agli ulteriori lavoratori di pari qualifica dell'impresa.

In concreto, esso si presenta come uno strumento flessibile, finalizzato a venire incontro alle esigenze delle imprese, sotto il profilo della selezione del personale[27].

Sul piano psicologico, il mancato rinnovo di un rapporto di lavoro interinale è socialmente accettato, e pertanto, l'azienda non viene ad essere accusata di "licenziamento facile"[28].

Sebbene il "Pacchetto Treu" abbia apportato innovato la legislazione del lavoro, esso ha faticato a consolidarsi per una serie di ragioni.

La principale motivazione attiene all'alto numero di decreti attuativi previsti dalla legge (25) ed ai costanti rinvii alla libera contrattazione delle parti sociali (13) per la reale determinazione della modalità di applicazione[29].

Tuttavia, i problemi appena indicati risultano colmati dalla ridefinizione della disciplina dell'apprendistato: si intende favorire il rapporto scuola-lavoro mediante i tirocini professionali, e si incide sull'orario di lavoro, promuovendo il tempo parziale.

Con la nuova normativa, si amplia la platea di individui destinatari di tale contratto, comprendendo anche chi risulta in possesso di titoli superiori o attestati di qualifica.

Un aspetto fondamentale concerne le agevolazioni contributive: le aziende possono beneficiarne a condizione che gli apprendisti prendano parte ad attività esterne al contesto lavorativo.

Tale circostanza induce la dottrina a ritenere l'acquisizione della professionalità la sola "ragione del contratto"[30].

Al fine di garantire l'efficacia di tale forma di alternanza, è introdotta la figura del "tutor aziendale", al quale compete integrare le relazioni tra lavoro e formazione.

L'intento di legare le due sfere, scolastica e lavorativa, rispondeva all'ambizioso progetto messo a punto a Lussemburgo, teso ad incrementare le competenze professionali ed elevare l'obbligo scolastico. L'incorporazione tra le due sfere, dunque, *"comporta il passaggio dal classico modello sequenziale ad un modello circolare, con caratteristiche di flessibilità in grado di dotare il soggetto di crediti capitalizzabili e spendibili in ognuno dei sistemi"*[31].

Il legislatore del 2000 segue le medesime logiche: i passi compiuti fino a tale momento non

sono ritenuti sufficienti per poter parlare di un sistema di formazione.

6. Lo spirito costruttivo della Legge Biagi

La legge 14 febbraio 2003, n. 30[32], nota come legge Biagi, diviene oggetto di un confronto politico sindacale e di un'intensa riflessione da parte della dottrina.

Occorre segnalare che il progetto iniziale di riforma del mercato del lavoro non partiva da una proposta di legge delega, bensì da una serie di disegni di legge di attuazione dei punti concettuali delineati nel Libro Bianco.

Con la legge in discussione, si intende riprendere l'operato precedente (*"Pacchetto Treu"*) e creare le condizioni per una modernizzazione del mercato del lavoro, tesa ad assicurare uno sviluppo occupazionale di qualità.

In particolare, si mira a costruire mezzi moderni ed efficienti, in un'ottica di semplificazione procedurale, di servizi e tutele, mettendo a punto una solida regolamentazione in grado di bloccare il lavoro irregolare, avvalendosi di innovative tipologie contrattuali[33].

Tale legge introduce nell'ordinamento italiano lo *staff leasing*, ossia la possibilità, per apposite agenzie, di concedere alle imprese non solo singoli lavoratori, ma interi settori aziendali da impiegare a tempo determinato.

Da ciò ne deriva un capovolgimento della logica del lavoro interinale, che si presentava come l'eccezione, e pertanto adatto a risolvere peculiari situazioni.

Lo *staff leasing*, invece, tende a scindere il lavoratore dall'impresa per mezzo di un intermediario, rappresentato dall'agenzia appaltatrice.

La legge Biagi, altresì, introduce il "lavoro a chiamata": l'impresa paga al lavoratore un'indennità di disponibilità e le ore lavorate; quest'ultimo si impegna ad espletare la prestazione in qualsiasi momento.

La terza tipologia contrattuale consiste nel *job sharing*: la singola attività lavorativa è ripartita tra due o più lavoratori, in base alle modalità determinate da essi.

Con riguardo alle collaborazioni coordinate e continuative, la legge Biagi interviene su due fronti.

Da una parte, riconosce ai lavoratori taluni diritti fondamentali (retribuzione, sospensione del rapporto in caso di malattia, applicabilità di norme a tutela della salute e della sicurezza, assicurazione contro gli infortuni); dall'altra, riserva la tipologia contrattuale solo a taluni

soggetti, a determinate prestazioni, fissando una soglia massima per il corrispettivo[34].

Al fine di contrastare l'impiego non corretto dei contratti sopraindicati, il legislatore ha introdotto il c.d. lavoro a progetto: il lavoratore si obbliga ad eseguire un progetto specifico, un programma o una fase, dopo aver definito la durata, i modi di esecuzione, i criteri ed il compenso con il datore di lavoro.

Una volta terminato il progetto, il rapporto cessa di esistere. In virtù dell'assenza di una definizione di *“progetto, programma di lavoro o fase di esso”*, la giurisprudenza ha dato vita a interpretazioni così differenti da creare confusione[35].

Con l'entrata in vigore della legge Biagi, si è assistiti alla conversione di un numero elevato di co.co.co. in contratti a progetto.

Tale transizione è avvenuta con facilità in presenza di una collaborazione autonoma.

Nei casi di mancata riconduzione della prestazione ad alcun progetto specifico sono sorte difficoltà e costanti violazioni della nuova normativa.

Al fine di colmare tali carenze, la circolare ministeriale n. 1 del 2004 ha precisato che il suddetto contratto non intendeva eliminare le co.co.co. implicandone la trasformazione in contratti d'opera, né riservava esse alle sole situazioni di obbligazioni di risultato.

La successiva circolare del Ministero (n. 17 del 2006) chiarisce che il progetto, il programma o la loro fase devono essere illustrati in modo tale da far sì che il collaboratore possa individuare i risultati e prevenire una variazione unilaterale degli stessi da parte del committente nel corso del contratto.

Il d.lgs. n. 276/2003 prescrive tre distinte forme di apprendistato: contratto di apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione; contratto di apprendistato professionalizzante per l'ottenimento di una qualificazione tramite formazione sul lavoro ed un apprendimento tecnico-professionale; contratto di apprendistato per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione.

Alla legge in esame spetta il merito di aver dato vita alle c.d. Agenzie per il Lavoro, nonché imprese preposte al collocamento per il lavoro, alle quali è richiesta l'iscrizione in un apposito albo istituito presso il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali.

In definitiva, tale legge si propone di *“combattere l'elusione delle protezioni, di riconquistare all'area del lavoro regolare e debitamente tutelato vaste plaghe del nostro tessuto produttivo dove regna la simulazione o la pura e semplice evasione”*[36].

7. I disordini della Riforma Fornero

La più discussa riforma del mercato del lavoro è stata portata a compimento da parte del Governo tecnico insediatosi nel 2011, con la legge 28 giugno 2012, n. 92, a seguito di un *iter* di approvazione del disegno di legge governativo celere, ed al termine ricompensato da un voto parlamentare a larga maggioranza.

Tale legge non tratta in via diretta il tema della somministrazione di lavoro, ma gli interventi sulla fattispecie hanno indotto taluni a formulare questioni interpretative.

Una parte della dottrina^[37] riconduce esse a due linee di intervento: da un lato, occorre chiedersi se la somministrazione di lavoro, nell'ambito delle svariate tipologie di lavoro flessibile, possa continuare a occupare una sua posizione autonoma e distinta, o se invece essa, abbia finito per diventare un'alternativa del lavoro a termine; dall'altro, invece, deve verificarsi l'eventuale rapporto con le modifiche poste in essere dal d.lgs. 2 marzo 2012, n. 24^[38].

In tale sede, appare necessario soffermarsi sulla prima questione.

La somministrazione di lavoro risulta essere, a parere di chi scrive, più soddisfacente rispetto al lavoro a termine.

Una prova è data dalla nuova formulazione dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 (*“il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo determinato”*) che attualmente recita: *“il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro”*.

Una corrente di pensiero scorge nel passaggio legislativo sopracitato^[39] *“un rafforzamento della centralità del contratto a tempo indeterminato e non la semplice regolarità/normalità della sua stipulazione”*.

Un'altra posizione interpretativa, invece, invita a notare^[40] che

“in verità, non risulta molto chiaro il significato dei termini usati dal legislatore in riferimento al contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato quale “contratto dominante” ovvero “forma comune del contratto di lavoro”, reputandolo per altro un riferimento quantitativo che qualitativo, nel senso che il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, quantomeno secondo le intenzioni del legislatore, dovrebbe continuare ad essere la forma contrattuale più diffusa”.

Per quanto concerne il rapporto di lavoro a progetto, il legislatore ha introdotto una definizione più ristretta di “progetto” rispetto a quella originaria.

Esso, infatti, deve essere descritto nel contratto con individuazione del “*suo contenuto caratterizzante e del risultato finale che si intende conseguire*”.

Tuttavia, permane la questione teorica relativa all’identificazione dell’oggetto dell’obbligazione in ordine al progetto.

Sotto tale profilo, prevale l’approccio^[41] che ravvisa l’oggetto dell’obbligazione non nel progetto, ma nella prestazione d’opera (art. 409 c.p.c.).

La legge in esame apporta pochi correttivi alla disciplina dell’apprendistato.

Essa elimina il contratto di inserimento, che figurava come antagonista dell’apprendistato e interviene sulla durata minima del contratto portandola a sei mesi.

Tale intervento risponde ad una forte esigenza manifestata dalle parti sociali, che richiedevano al legislatore di riaffermare l’importanza dell’elemento formativo^[42].

Lo stesso discorso vige per il contratto *part-time*: la disciplina viene integrata colmando una lacuna della previgente disciplina e conferendo alle parti sociali l’individuazione di condizioni e modalità con le quali anche il lavoratore è legittimato a richiedere l’eliminazione ovvero la modifica delle clausole elastiche e delle flessibili.

Talune perplessità sono state manifestate in relazione alle modifiche apportate dalla legge n. 92/2012 al lavoro autonomo.

Il legislatore avalla la tesi espressa dagli organi di informazione nazionale che considera la suddetta categoria di lavoratori come soggetti privi di rappresentanza sindacale e di diritti^[43], concedendo una risposta volta alla solidità dei rapporti, mediante la loro conversione in contratti di collaborazione a progetto, e poi, tramite il meccanismo della doppia presunzione, di lavoro subordinato.

Sul versante della regolamentazione delle collaborazioni autentiche non risponde a numerosi interrogativi.

Essa risulta lacunosa anche sul tema del calcolo del compenso, che rimane ancorato alle logiche del mercato.

La Riforma Fornero presenta un limite: essa si pone come calibrata, quando in realtà delude quasi tutte le categorie di lavoratori.

In concreto, essa non risulta tecnicamente inidonea, ma concettualmente errata, in quanto fondata sulla convinzione di poter racchiudere la gamma delle tipologie contrattuali e dare vita ad un unico modello formale^[44].

La modifica del quadro giuridico di regolazione dei rapporti di lavoro rimane – a giudizio di chi scrive – un’operazione complessa.

Il principale merito della Riforma è quello di essersi impegnata in un’operazione tanto problematica quanto determinante per il rilancio dell’Italia.

8. Il Jobs Act: verso la flessione della tutela del lavoro

Il progetto del nuovo Esecutivo, che si pone come “governo di legislatura”, è incentrato su di uno spirito innovativo in materia di mercato del lavoro.

Le politiche riferite ricevono immediatamente il favore dell’OCSE^[45], che così le riassume:

“[...] La priorità assoluta resta la riforma del mercato del lavoro, la cui eccessiva rigidità rappresenta un ostacolo alla creazione di posti di lavoro e ad una migliore corrispondenza tra competenze ed esigenze del mercato del lavoro. L’obiettivo del Governo è di portare a termine questo compito entro la metà del 2015. Per migliorare, ad esempio, l’efficacia delle politiche attive del mercato del lavoro, ha deciso di trasferirne la competenza dalle regioni allo stato. Il Governo intende inoltre contrastare le debolezze strutturali esistenti in altri ambiti, quali la concorrenza e la regolamentazione, grazie ad un progetto di riforme di ampio respiro da attuare nei prossimi due anni. Tali iniziative sono necessarie per rilanciare la produttività e rimettere l’economia sulla strada di una crescita duratura. Se pienamente attuate, potrebbero determinare un incremento del PIL pari al 6% entro i prossimi 10 anni” [...].

La Riforma in questione, che investe numerosi fronti del diritto del lavoro, è etichetta con denominazione di “*Jobs Act*”, evocativa della struttura legislativa tracciata da Barack Obama (“*American Jobs Act*”).

In particolare, con il termine “*Jobs Act*” devono intendersi due distinti atti: il primo è un decreto-legge basato prevalentemente sulla liberalizzazione del contratto a termine; il secondo è un disegno di legge delega recante un esteso disegno di riforma delle differenti tipologie di contratti di lavoro subordinato, oltre alla rielaborazione e all’aggiornamento di altri rapporti di lavoro.

Con la soppressione delle causali giustificatrici dell’apposizione del termine e delle ragioni oggettive per la proroga, il legislatore altera l’intero impianto della disciplina del contratto a tempo determinato.

Nella prospettiva del legislatore del 2014, la flessibilità del mercato del lavoro dovrebbe

essere bilanciata dalle garanzie di cui godono i lavoratori titolari di un rapporto di lavoro subordinato.

Tuttavia, come espresso in dottrina[46], si assiste ad una parziale realizzazione del bilanciamento desiderato fortemente dal legislatore.

I contratti a termine pongono i lavoratori in una condizione di inferiorità rispetto ai datori di lavoro: la continuazione del rapporto di lavoro dipende da una libera ed arbitraria decisione del datore di lavoro di prorogare o rinnovare il contratto.

Occorre tenere conto che la regola della causalità non è stata solo abolita, ma sostituita da un criterio che potrebbe risultare più efficace.

Dalla condizione qualitativa attinente al singolo rapporto, infatti, si è passati ad un limite quantitativo ricondotto all'intero organico che vieta di assumere a termine un numero di lavoratori superiore al 20% dei dipendenti a tempo indeterminato.

Una parte della dottrina[47] ritiene che il legislatore, procedendo in tale modo, abbia voluto introdurre un limite compatibile con l'attuale realtà del mercato del lavoro.

Pertanto, la fattispecie è impiegata non tanto per rispondere a ragioni transitorie, quanto piuttosto come un mezzo di organizzazione del lavoro.

Il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, si contraddistingue per il superamento dello schema contrattuale delle collaborazioni a progetto ideate dalla legge Biagi.

La scomparsa delle stesse però non deve indurre a pensare ad un ritorno delle risalenti collaborazioni coordinate e collaborative.

Sebbene il *Jobs Act* intenda sovvertire il mercato del lavoro, si ritorna a discutere di stabilizzazione dei contratti precari.

Al fine di “*promuovere la stabilizzazione della occupazione mediante il ricorso a contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato*”, i datori di lavoro privati che procedano all'assunzione con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato di loro collaboratori e di soggetti titolari di partita IVA possono godere di una sanatoria inerente “*l'estinzione degli illeciti amministrativi, contributivi e fiscali connessi all'erronea qualificazione del rapporto di lavoro*”[48].

Per quanto concerne il lavoro a tempo parziale, le novità apportate dal *Jobs Act* sono numerose. Innanzitutto, il legislatore non menziona più la classica tripartizione orizzontale, verticale e misto, che non riveste più rilevanza giuridica.

La realtà innovazione però consiste nell'assorbimento delle “clausole flessibili” nelle “clausole elastiche”.

Quest'ultime, dunque, recepiscono sia *“la variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa”* sia *“la variazione in aumento della sua stessa durata”*.

Con riguardo all'apprendistato, la scelta del Governo di ricondurre l'istituto nel contesto del testo organico delle tipologie contrattuali non trova particolare riscontro.

L'apprendistato tracciato dal *Jobs Act* è fondato sulla valorizzazione del metodo dell'alternanza formativa.

Il legislatore, dunque, sembra non cogliere l'anima dell'istituto, consistente nell'integrazione tra sistema di istruzione e formazione e mercato del lavoro[49].

9. L'intreccio lavoro-salute nell'emergenza epidemiologica da Covid-19

La crisi pandemica da Covid-19 ha investito l'Italia non solo a livello sanitario, ma anche su quello socioeconomico.

Al fine di arginare la situazione, l'Esecutivo ha emanato una gamma di provvedimenti[50], tra cui quelli relativi alla limitazione delle attività economiche, reputati indispensabili per tutelare la salute degli individui.

In particolare, i provvedimenti in questione miravano a garantire i “servizi essenziali”, pubblici e privati, arrestando così tutte le altre attività.

Il Governo nazionale, dunque, si è trovato costretto a decidere tra il blocco delle attività produttive e la preservazione della salute collettiva, ossia tra il lavoro e la salute.

I provvedimenti disciplinanti le attività da svolgere hanno seguito l'andamento dei dati epidemiologici, trasmessi quotidianamente.

La prima categoria di attività ritenute “essenziali” è connessa all'emergenza sanitaria, in quanto inerente non solo all'erogazione delle prestazioni sanitarie, bensì anche alla produzione di apparecchi sanitari e dispositivi di protezione individuale[51].

La seconda categoria di attività consentite concerne i servizi necessari a garantire il reperimento dei beni vitali (alimenti e medicinali).

Per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni e per la gran parte del settore privato, il c.d. lavoro agile (*smart working*) diviene la modalità ordinaria di lavoro.

Al fine di ogni dubbio sulle singole attività consentite, il legislatore italiano ha ritenuto necessario ricorrere ai codici ATECO. La predetta scelta è entrata in collisione con la realtà.

La classificazione ATECO concede una rappresentazione astratta e poco credibile delle attività economiche e produttive che risultano raccolte secondo le logiche di una “geografia del lavoro” vecchia, poiché ancora concentrata sulla distinzione tra settore primario (agricoltura e pesca), settore secondario (manifattura e costruzioni) e settore terziario (commercio e servizi)[52]. Nel tutelare taluni diritti costituzionali, il legislatore ne ha compressi altri.

Prendendo come esempio il bene giuridico della “tutela giurisdizionale dei diritti”, le attività processuali sono state rinviate *sine die*, pur potendo ricorrere allo strumento tecnologico, attualmente considerato come l’unico mezzo efficace per evitare una paralisi della giustizia.

Tale situazione ha prodotto gravi conseguenze non solo per i professionisti del settore, ma anche per le parti in causa.

Da tale scenario affiora che i servizi reputati “essenziali” nelle situazioni di normalità non coincidono con quelli considerati oggi necessari per proteggere la vita degli esseri umani.

A seguito della difficile scelta tra lavoro e salute, il legislatore ha dovuto mettere a punto appropriate tutele per ciascun’attività produttiva.

Le gravi conseguenze igienico-sanitarie si sono riversate anche nei luoghi di lavoro: da qui, la necessità di evitare, o quantomeno ridurre, in rischio di contagio in tali ambienti.

Occorre marcare che la tutela del lavoro si è concretizzata a favore dei dipendenti a tempo indeterminato, mentre si è realizzata solo in parte nei confronti dei lavoratori occupati per un breve periodo o autonomi.

Sotto il profilo delle fonti, oltre alle disposizioni governative riferite a tutto il territorio nazionale, le parti sociali hanno predisposto il “*Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*”.

La normativa governativa include prettamente le norme sulla limitazione della presenza dei lavoratori in azienda. Il Protocollo, invece, contempla principalmente le misure igienico-sanitarie e organizzative interne ai luoghi di lavoro[53].

Tra quest’ultimi rientrano le strutture sanitarie. L’OMS e l’*International Labour Organization* hanno avviato uno studio per vagliare l’impatto dell’emergenza sanitaria sulla salute mentale degli operatori sanitari.

Tale idea nasce dalla consapevolezza che tali soggetti sono le reali “vittime” dell’epidemia, in quanto esposti a elevati livelli di stress.

Stando ad una corrente di pensiero[54], il dato preoccupante consiste nella *“grave lesione del principio solidaristico comprovato dal fenomeno di isolamento e abbandono di intere categorie professionali durante l’emergenza Covid-19”*.

Le esperienze maturate in tale epoca, a parere di scrive, potranno tornare utili per rivedere la regolamentazione del lavoro.

10. Il lavoro minorile in Italia: una “piaga” sociale da reprimere

Il lavoro minorile è un fenomeno ampiamente presente non solo negli Stati arretrati, ma anche in quelli più avanzati[55].

L’Unificazione italiana, avvenuta nel 1861, aveva abrogato tutte le norme protettive del lavoro, tra cui l’ordinanza vicereale del 7 dicembre 1843, in vigore nelle province del Lombardo-Veneto, che fissava in dieci ore giornaliere il limite massimo di lavoro per i minori di età inferiore ai dodici anni e vietava per questi il lavoro notturno, nelle fabbriche in cui operavano più di venti operai adulti.

In seguito, era stata emanata la legge 20 novembre 1859, n. 3755, che sanzionava l’impiego di minori, con età inferiore ai dieci anni, nelle miniere.

A tale situazione, si aggiungeva la freddezza dei datori di lavoro che preferivano sovraccaricare di lavoro minori e donne piuttosto che avvalersi dei macchinari moderni.

Nel dicembre 1970, in occasione della presentazione al Senato di un progetto di Codice sanitario, era stato avanzato un primo disegno di legge sul lavoro dei minori nelle cave, opifici e miniere.

In realtà, solo tre articoli (129-131) erano riservati a tale questione.

Esso stabiliva a nove anni l’età minima di accesso al lavoro (a patto che non apportasse pericoli), previo rilascio di un attestato di vaccinazione e di un certificato medico appurante l’idoneità fisica per i minori di età compresa tra i nove ed i sedici anni; vietava il lavoro notturno (dalle 21 alle 5) fino ai quattordici anni e prevedeva un numero massimo di ore lavorative (otto per i minori dai nove ai dodici anni, dieci per quelli aventi dai dodici ai sedici anni), con una sosta di due ore per tutti ed il riposo infrasettimanale.

Qualche anno dopo, il Ministro dell’agricoltura, industria e commercio, Gaspare Finali, in un progetto di legge sulle miniere e le cave, mise a punto talune disposizioni sull’età, il

tempo e le modalità di lavoro dei minori in tali luoghi; esso però non giunse alla pubblica discussione.

Al fine di apprendere lo stato di fanciulli e donne, il Ministro dell'agricoltura decise di inviare presso le prefetture una circolare, racchiudente un apposito questionario composto da quattordici quesiti. In ragione degli esiti insoddisfacenti, il ministro Cairoli ripropose l'inchiesta, ottenendo una larga maggioranza di consensi.

Con la circolare del 25 luglio 1879, n. 45, si assoggettava ad una sorta di *referendum* preventivo un progetto di legge già predisposto, in modo tale da consentire ai soggetti interessati la possibilità di emettere critiche.

Alla vigilia della caduta del secondo ministero Cairoli, Marco Minghetti e Luigi Luzzatti inviarono alla Presidenza della Camera un disegno di legge sul lavoro dei minori e delle donne.

Rispetto ai precedenti, tale progetto risultava più ampio e completo.

Una volta ripresentato in Parlamento, esso fu sorpassato dal disegno di legge di iniziativa ministeriale presentato da Luigi Miceli, Ministro dell'agricoltura, di comune accordo con Agostino Depretis.

Tale disegno di legge trovava il favore degli imprenditori, poiché non intaccava gli interessi degli stessi in ordine allo sfruttamento della forza lavoro.

Sebbene andasse incontro all'apparato industriale, non pervenne alla discussione in Parlamento.

Con la nomina di Domenico Berti, il Governo Depretis intese introdurre un programma di legislazione sociale.

Il disegno di legge delineato dal nuovo Ministro dell'agricoltura si palesava privo di novità e superficiale, tanto da non riservare attenzione alla donna ed al lavoro notturno.

Il predetto progetto conobbe numerose modifiche da parte dell'Ufficio Centrale del Senato, che aggravarono la situazione: fu abbassata l'età minima e aumentate le ore lavorative.

Il progetto Berti rimase negli Uffici del Senato per quasi due anni, fino alla fine del 1885.

Con 190 voti favorevoli, tale progetto fu accolto; ad esso seguì la nuova legge^[56] sul lavoro dei fanciulli: una normativa che riassumeva l'operato attuato negli anni precedenti e negava protezione alle donne.

Su tale legge aveva pesato l'ostilità della classe industriale, la quale rigettava ogni forma di intromissione statale nel rapporto tra operai ed imprenditori.

Tre ordini del giorno approvati dalla Camera indussero il Parlamento a regolamentare l'operato delle donne, a presentare una relazione annuale sull'impatto della legge e ad armonizzare le disposizioni sul lavoro dei minori con quelle sull'educazione. In tale momento storico, solo la seconda proposta fu accolta.

Il direttore della Divisione industria e commercio, Antonio Monzili, espose uno schema di regolamento che andava a migliorare nettamente la legge varata in precedenza: furono aggiunte norme preventive per la sicurezza dei minori e un elenco includente le industrie insalubri e nocive.

Esso fu sottoposto all'approvazione del Consiglio dell'industria e del commercio, reputato il più competente a pronunciarsi sulle norme di regolamento.

Con quest'ultimo[57], fu delineata la nozione di opificio industriale, inteso come il luogo in cui si espletavano lavori manuali di natura industriale, tramite l'impiego di un motore meccanico, a prescindere dal numero di operai.

Il lavoro notturno fu equiparato a quello insalubre, anche se ristretto ai minori di dodici anni, con il limite massimo di sei ore lavorative per coloro aventi dai dodici ai quindici anni.

La legge italiana del 1986 – a differenza delle altre leggi europee – era scarsa nei contenuti.

Oltre a prevedere poche deroghe ed eccezioni, non regolava il lavoro delle donne e taceva sul lavoro festivo dei minori. In campo internazionale, per la prima volta, la questione della tutela del lavoro minorile e femminile fu discussa nella Conferenza di Berlino del 1890.

In tale occasione, i rappresentanti italiani votarono contro la limitazione a sei ore del lavoro dei minori di quattordici anni, contro il riposo settimanale e per ultimo contro l'abolizione del lavoro notturno[58].

In linea generale, la legge del 1986, pur essendo inferiore rispetto alle leggi sociali vigenti in ulteriori Paesi, costituiva un primo passo in avanti verso nuovi scenari normativi e sociali.

L'idea di contrastare il fenomeno del lavoro minorile iniziò a prendere forma nel 1904, con l'innalzamento dell'obbligo scolastico dai nove ai dodici anni.

L'inosservanza della legge da parte degli imprenditori e delle famiglie condusse al Testo Unico[59], fiorente di deroghe relative all'impiego dei minori.

Una svolta si ebbe con l'entrata in vigore della Costituzione Repubblica; l'art. 37 Cost., alla luce della prospettiva internazionale[60], assunse il seguente tenore: *“La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione”*.

La legge 26 aprile 1934, n. 653, costituisce la base della normativa vigente, poi modificata con la legge 29 novembre 1961, n. 1325, che determina i limiti di età a quattordici anni.

A distanza di trent'anni, fu promulgata la legge 17 ottobre 1967, n. 977[61] (*“Tutela del lavoro dei fanciulli e degli adolescenti”*), che fissa a quindici anni[62] l'ammissione al lavoro dei minori e separa in via definitiva la disciplina legale di essi da quella femminile, conformandosi così al dettato costituzionale[63].

All'inizio degli anni Settanta del XX secolo, l'OIL tenta di ordinare le Convenzioni e le Raccomandazioni fino ad allora adottate, consolidandole in un'unica coppia di provvedimenti, che rappresentano il principale punto di riferimento in materia di età minima di accesso al lavoro[64].

11. Considerazioni conclusive

In uno Stato in crisi occupazionale, che attualmente conosce un alto numero di soggetti disoccupati, parlare di una *“Repubblica fondata sul lavoro”* potrebbe apparire insolito: è netta la distanza tra l'affermazione dell'art. 1 della Costituzione e la delicata realtà economica e sociale dell'Italia.

Stando ai ragionamenti dei Padri Costituenti, il lavoro avrebbe dovuto essere il principio ispiratore del nuovo ordinamento costituzionale. La scelta di conferire centralità al lavoro derivava dalla necessità di allontanarsi definitivamente dal fascismo e dare vita ad una nuova epoca.

Dal 1948 in poi, il legislatore ha tentato di regolamentare la materia in esame attraverso una serie di riforme lacunose. Verso la fine degli anni '90, taluni ritenevano che il *“Pacchetto Treu”*, avrebbe rappresentato la svolta.

Al contrario, esso assunse un'importanza parziale, come peraltro dimostrano *“le alterazioni nel passaggio fra il progetto iniziale del governo, l'accordo sindacale e la legge approvata dal Parlamento”*[65].

D'altro canto, anche le linee di riforma tracciate nel Libro Bianco del 2001 sono state realizzate solo in parte tramite la promulgazione della legge 14 febbraio 2003, n. 30, e conseguenti decreti di attuazione. A differenza della normativa sopramenzionata, discussa in termini politici e legislativi, la riforma Biagi è stata oggetto di pungenti critiche da parte

di analisti di tutti gli orientamenti politico culturali.

I primi critici della legge delega hanno sostenuto che il lavoro veniva a collocarsi fuori dalla sfera di produzione e di modalità di acquisizione di una prestazione lavorativa[66].

Occorre segnalare che le riforme in discussione sono sorte nel quadro della strategia per l'occupazione (1997), conducente alla strategia di Lisbona (2000), dalla quale ne sono scaturite, a livello comunitario, le linee guida e gli obiettivi per la riforma del mercato del lavoro, con l'intento di rendere l'Europa economicamente più competitiva[67].

Con le suddette riforme, i propositi europei non trovano concretizzazione: non soltanto si assiste ad un'eccessiva presenza di tipologie contrattuali tali da mettere in discussione la *leadership* del lavoro *standard*, ma tale scenario provoca una brusca crescita della precarietà, a causa delle minori garanzie accordate ai lavoratori assunti con contratto atipico.

Le modifiche apportate dal legislatore in tale periodo storico avrebbero dovuto incrementare i tassi di occupazione regolare, sopprimere le inefficienze del mercato del lavoro, incentivare la qualità e la produttività dello stesso.

In realtà, il panorama lavorativo finisce per conoscere altri fattori, quali la mobilità, il rischio e l'instabilità.

La più recente riforma del mercato del lavoro avviata nel 2012 si è invece contraddistinta per i propositi di revisione. Tuttavia, il clima di dissenso generale ha coperto taluni aspetti positivi della suddetta riforma: per la prima volta, vengono affrontate materie fino ad allora reputate ingestibili, tra cui la flessibilità in uscita.

Particolare rilevanza viene assunta, a parere di chi scrive, dall'art. 20, comma 1, della legge n. 92/2012, il quale riconosce al lavoratore il diritto di modificare l'impegno temporale variabile concordato con il datore di lavoro.

Tale novità consente così alla madre lavoratrice di rifiutare il cambio di turno o l'attività aggiuntiva in presenza di un giustificato motivo, nonché la cura del figlio.

In tale contesto, trova margine la modifica dell'art. 32 del testo unico sulla maternità e paternità (d.lgs. n. 151/2001): si ammette un utilizzo dei congedi parentali frazionato sino all'intera giornata lavorativa, ma non per singole ore.

Come osservato da una parte della dottrina, la misura sopracitata costituisce “*una grande chance per una conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare*” e la sua portata bidirezionale mira a “*modificare la flessibilità del tempo di lavoro a vantaggio delle donne*”[68].

Le buone intenzioni dell'Esecutivo del 2014 sono venute meno una volta resosi conto della difficoltà di pervenire ad un equilibrio tra le dinamiche occupazionali sottese agli strumenti contrattuali a disposizione di imprese e lavoratori[69].

Trascurando tale dato, permane il paradosso di una “rivoluzione” copernicana realizzata a vantaggio delle future generazioni, ma che non tutela la categoria destinataria[70].

Sempre al Governo del 2014 è toccato dare avvio alla seconda fase della “Garanzia giovani”, nonché una delle più ampie strategie di politica attiva del lavoro compiute in Italia su scala nazionale.

Sotto il profilo degli inserimenti nei percorsi formativi o professionali, l'attuazione della stessa è risultata deludente.

La *ratio* di tale strategia è duplice: da un lato, reinserire nel mercato del lavoro il maggior numero di giovani; dall'altro, rivedere l'intero operato dei servizi per l'impiego.

In un suo celebre saggio[71], Costantino Mortati offre una concezione del lavoro allo stesso tempo eroica e sacrificale.

Il lavoro è dominio sul mondo, ma anche disciplina. È da qui che il legislatore deve partire per mettere a punto una valida riforma in materia di lavoro.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] M. MAZIOTTI, *Lavoro (dir. cost)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1973, 339 ss.
- [2] L. MICCO, *Lavoro e utilità nella Costituzione*, Torino, 1966, 161 ss.
- [3] C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana*, Saggi, Padova, 1954, 12.
- [4] G. U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2009, 34.
- [5] H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, trad. it. di S. FINZI, Milano, 1994, 10 ss.
- [6] Sul punto, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *associazioneitalianadeicostituzionalisti.it*, 2011, 43, osserva come la vicenda socioeconomica e culturale conducente all'abbandono dello schiavismo e all'avvento dell'etica giudaico-cristiana abbia turbato l'idea stessa di libertà. Egli afferma che "se nella società antica era realmente libero sol chi si sottraeva al giogo del lavoro, in quella giudaico-cristiana non può più essere così, perché nella società antica quella libertà era acquisita ad un prezzo che ormai non può più essere pagato".
- [7] C. MORTATI, *Articolo 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 10.
- [8] M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare lo Repubblica democratica sul lavoro*, in *Raccolta di scritti in onore di Luigi Arcidiacono*, 2010, 2023.
- [9] In particolare, T. CASADEI, *I diritti sociali un percorso filosofico-giuridico*, Firenze, 2012, 28, ritiene che la categoria dei diritti sociali si presenti come una figura costitutivamente in "bilico".
- [10] A. GUALDANI, *Diritto dei servizi sociali*, Torino, 2018, 17.
- [11] L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, cit., 132.
- [12] S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, n. 46, 2006, 6-7.
- [13] F. SIRCHIA, *Lavoro (diritto al)*, in *Nov. dig. it.*, vol. IX, 1963, 524.
- [14] Sul punto, si veda A. BALDASSARE, *Diritti sociali*, *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989.
- [15] A. APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milano, 2005, cit., 85.
- [16] Corte cost. sent. 9 giugno 1965, n. 45.
- [17] F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza*, Torino, 1995, 66.
- [18] U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio dell'uguaglianza*, in *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, a cura di M. Napoli, Milano, 1998, 15.
- [19] La distinzione tra diritti sociali attribuiti indistintamente e diritti riconosciuti in maniera differente, corrispondente ai diritti essenziali e secondari, è delineata da B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, 126-127.
- [20] M. CAVINO, *Dignità e Costituzione: la centralità del lavoro per il pieno sviluppo della persona umana*, in

Dignità, eguaglianza e Costituzione, Trieste, 2019, 25.

[21] C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino, 2013, 255.

[22] M. CRISTOFARO, *La Costituzione e il reddito minimo garantito*, in *Forum di Quaderni costituzionali* – n. 6, 2018, 23.

[23] G. ORLANDINI, *I diritti fondamentali dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *europeanrights.eu*, 2014, 16.

[24] Sui rapporti tra OIL E UE, si veda G. MERONE, *Le relazioni tra l'Unione Europea e l'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, Roma, 2008, 81-114.

[25] Ai sensi dell'art. 12 di tale legge: “*Se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al 20 per cento fino al decimo giorno successivo, al 40 per cento per ciascun giorno ulteriore. Se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi ovvero oltre il trentesimo negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini. Qualora il lavoratore venga riassunto a termine entro un periodo di dieci giorni ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata, rispettivamente, inferiore o superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato. Quando si tratti di due assunzioni successive a termine, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto*”.

[26] Si ricordi che, la legge 23 ottobre 1960, n. 1369, vietava l'intermediazione, ossia l'interposizione di terzi nel rapporto tra l'impresa ed il lavoratore.

[27] In tale senso, l'art. 8, comma 3, di tale legge prevede che “*le agenzie regionali per l'impiego di cui all'articolo 24 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, possono stipulare, con i soggetti di cui all'articolo 2, convenzioni che prevedano lo svolgimento da parte di questi ultimi di attività mirate a promuovere il reinserimento lavorativo dei titolari dell'indennità di mobilità mediante l'effettuazione di prestazioni di lavoro temporaneo [...]. La convenzione può prevedere lo svolgimento di attività formative che possono essere finanziate a carico del Fondo [...]*”.

[28] A. IACHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia. Trappola del precariato o trampolino verso un impiego stabile*, Firenze, 2004, 15.

[29] M. DI PACE, *Il “Pacchetto Treu”, un anno dopo*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 4, 1998, 513.

[30] G. FALASCA, *Dal protocollo un rilancio dell'apprendistato?* in *Le riforme del lavoro. Dalla legge finanziaria 2007 al protocollo sul welfare*, Matelica, 2007, 89.

[31] D. GAROFALO, *Il sistema integrato di formazione professionale*, Bari, 2001, cit., 62.

[32] Si ricordi che, l'attuazione della legge delega avvenne con l'emanazione del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

[33] A. SERVIDORI, *Dal Libro bianco alla Legge Biagi: come cambia il lavoro*, Soveria Mannelli, (CZ), 2004, 43.

[34] M. LAMELAS, G. RODANO, *Regolazione e mercato del lavoro: un appraisal della “legge Biagi”*, in *Politica Economica*, n. 1, 2005, 4.

[35] Trib. Milano 2 agosto 2006 (“*Per mancata indicazione del progetto si deve intendere sia la mancata indicazione formale del contenuto del progetto o programma sia la non configurabilità di un effettivo progetto. Nel*

caso di specie, nel contratto di collaborazione sottoscritto dalle parti, quest'ultimo è definito come “monitoraggio delle opinioni, tendenze e grado di soddisfazione dei consumatori”. Appare evidente come il progetto non possa ritenersi adeguatamente descritto, consistendo nella semplice descrizione del contenuto delle mansioni attribuite al lavoratore, senza alcun accenno all'obiettivo che si intende raggiungere ed alle attività ad esso prodromiche e funzionali al suo conseguimento. Nel caso di specie il preteso programma o progetto, invece di essere individuato come realizzazione di un preciso e circostanziato piano di lavoro o risultato, consiste semplicemente nella messa a disposizione dell'attività lavorativa del collaboratore”).

[36] P. ICHINO, *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e “dipendenza” nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in *Giustizia Civile*, n. 4, 131.

[37] M. LAMBERTI, *La somministrazione di lavoro*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, Torino, 2013, 73.

[38] D.lgs. 2 marzo 2012, n. 24 (“Attuazione della direttiva 2008/104/CE, relativa al lavoro tramite agenzia interinale”).

[39] F. BANO, *Il contratto dominante e la noia del posto fisso*, in *Lav. Dir.*, 2012, 505.

[40] G. MIMMO, *Le Nuove disposizioni sul contratto a tempo determinato e sul contratto a progetto, Relazione tenuta al corso di aggiornamento professionale per avvocati Inps. “Le recenti riforme in tema di diritto del lavoro e di processo civile”*, 2012, 3.

[41] A PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lav. Dir.*, 2004, 92.

[42] L. GIANSAANTI, *Il contratto di apprendistato*, in *Guida alla Riforma Fornero*, I, *Quaderni di wiikilabour*, 2012, 37.

[43] S. BOLOGNA, D. BANFI, *Vita da Freelance. I lavoratori della conoscenza e il loro futuro*, Milano, 2011, 125.

[44] M. TIRABOSCHI, *I paradossi di una riforma sbagliata (e che si farà, anche se non piace a nessuno)*, in *Adapt Labour Studies*, n. 2, 2012, p. 4.

[45] OCDE, *Studi Economici dell'Ocse*, Italia, febbraio 2015.

[46] M. BROLLO, *La flessibilità del lavoro a termine dopo il “Jobs Act”*, in *Arg. dir. lav.*, n. 3, 2014, 566.

[47] G. LUDOVICO, *Contratto a tempo determinato versus contratto a tutele crescenti*, in *Adapt*, n. 14, 9.

[48] Ai sensi dell'art. 54, comma 1, del suddetto decreto legislativo, i benefici possono essere usufruiti in presenza di due condizioni: a) i lavoratori interessati alle assunzioni sottoscrivano, con riferimento a tutte le possibili pretese riguardanti la qualificazione del pregresso rapporto di lavoro, atti di conciliazione in una delle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile, o avanti alle commissioni di certificazione; b) nei dodici mesi successivi alle assunzioni di cui al comma 2, i datori di lavoro non recedano dal rapporto di lavoro, salvo che per giusta causa ovvero per giustificato motivo soggettivo”.

[49] M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, in *Adapt*, n. 45, 2015, 16.

[50] Il 31 gennaio 2020, il Governo italiano ha proclamato lo stato di emergenza e messo in atto le prime misure contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale.

[51] Ai sensi dell'art. 2, comma 5, del D.P.C.M. 10 aprile 2020: “è sempre consentita l'attività di produzione,

trasporto, commercializzazione e consegna di farmaci, tecnologia sanitaria e dispositivi me-dico-chirurgici nonché di prodotti agricoli e alimentari”.

[52] M. TIRABOSCHI, *L'emergenza sanitaria da Covid-19 tra codici ATECO e sistemi di relazioni industriali: una questione di metodo*, in *Adapt*, n. 93, 2020, 15.

[53] Per le attività di produzione, tali misure, aggiornate al 24 aprile, raccomandano quanto segue: sia attuato il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza; siano incentivate le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva; siano sospese le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione; assumano protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale; siano incentivate le operazioni di sanificazione nei luoghi di lavoro, anche utilizzando a tal fine forme di ammortizzatori sociali; per le sole attività produttive si raccomanda altresì che siano limitati al massimo gli spostamenti all'interno dei siti e contingentato l'accesso agli spazi comuni; si favoriscono, limitatamente alle attività produttive, intese tra organizzazioni datoriali e sindacali; per tutte le attività non sospese si invita al massimo utilizzo delle modalità di lavoro agile.

[54] In particolare, secondo F. PERCHINUNNO, *Covid-19 e tutela degli operatori sanitari*, in *Adapt*, n. 89, 2020, 110 “non si può consentire che si registri, in futuro, un tasso di mortalità così alto nei confronti di coloro che sono stati esposti ad un vero e proprio “sacrificio civico” per la salvaguardia della vita e della salute del prossimo, in ossequio a quel diritto fondamentale alla salute che li ha visti benefattori prima, vittime immediatamente dopo”.

[55] Sul tema, si veda R. NUNIN, *Il lavoro minorile nell'era della globalizzazione: riflessioni a margine di una recente convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 1998.

[56] Legge 11 febbraio 1886, n. 3657.

[57] R. D. 17 settembre 1886, n. 4082.

[58] Dalle relazioni presentate in Parlamento si scorge la grave condizione di lavoro dei minori. Sul punto, si veda M. MORELLO, *Alle origini del lavoro minorile nello stato unitario: la l. 11 febbraio 1886, n. 3657 a tutela dei bambini sfruttati*, in *Italian Review of Legal History*, 2019, n. 5, 278-279.

[59] R.D. 10 novembre 1907, n. 818.

[60] Convenzione n. 33 del 1932 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro.

[61] Per una descrizione puntuale della legge, si veda A. PELAGGI, *La legislazione sociale sul lavoro minorile*, in *Aggiornamenti sociali*, 1973, 611-618.

[62] Con nota del 20 luglio 2007, n. 9799, il Ministero del Lavoro ha disposto che l'innalzamento a sedici anni dell'età di ingresso al lavoro dei minori decorre dal 1° agosto 2007, come prescritto dalla legge finanziaria n. 296/2006 entrata in vigore dal 1° gennaio 2007.

[63] Dalla legge del 1967 in poi sono stati adottati taluni decreti presidenziali relativi agli ambiti di lavoro leggero in cui impiegare i soggetti minori. Per un'esposizione esaustiva, si veda L. T. MARSELLA, L. SAVASTANO, V. SARACINO, R. DEL VECCHIO, *Il lavoro minorile*, in *Clinica Terapeutica*, 2005, 277-278.

[64] Convenzione n. 138/1973 e Raccomandazione n. 146/1973 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro.

[65] Come dichiarato dallo stesso T. TREU, *Politiche del lavoro – Insegnamenti di un decennio*, Bologna, 2001, 26.

[66] P. BELLOCCHI, *Le nuove tipologie di lavoro: il lavoro a chiamata; il lavoro coordinato e continuativo; il lavoro occasionale e accessorio; il lavoro ripartito*, in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro. L. n. 30/2003*, a cura di M. T. CARINCI, Milano, 2003, 214.

[67] Essa è stata poi sostituita dalla “Strategia Europa 2020”.

[68] M. BROLLO, *Occupazione femminile e flessibilità dei tempi di lavoro: il part-time*, Udine, 2013, 142.

[69] A. RUSSO, *Il riordino delle tipologie contrattuali: verso un contratto unico di ingresso?* in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, n. 2, 2014, 10.

[70] G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 2016, 79.

[71] C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1954, 1.

L'IMPEACHMENT NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE

Il contributo approfondisce il tema della messa in stato d'accusa del Presidente degli Stati Uniti d'America

autore **Saverio Regasto**



Abstract ENG

Sommario: 1. La nascita dell'istituto; 2. Natura giuridica; 3. Il procedimento; 4. Il ruolo del Presidente; 5. Condotte rilevanti; 6. Ancora sul procedimento; 7. L'accusa; 8. Il giudizio; 9. La condanna.

1. La nascita dell'istituto

Le origini dell'istituto dell'*impeachment* sono da ricercare all'interno della dottrina inglese, un suo antenato può essere considerato questo: «*diritto di presentare petizioni, alla Corona ed al Parlamento, per la riparazione degli abusi*»^[1]. Siamo di fronte ad una sorta di intervento, sotto forma di petizione, previsto nel diritto comune, in favore di ogni signore feudale, nei confronti del Re. Solo successivamente esso sarà utilizzato in via generalizzata anche da altri soggetti per casi di violazioni del diritto comune. Attraverso tale strumento, i Comuni sollecitavano l'intervento del Sovrano, il quale poteva, discrezionalmente, assecondarli o meno.

Il primo vero e proprio caso di utilizzo dell'*impeachment* ebbe luogo nel 1376, nei confronti di un certo Lord John Latimer, in quel caso specifico non fu una mera richiesta d'intervento. Infatti, non c'erano gli elementi di una richiesta parlamentare al Re (che poi avrebbe preso la sua decisione in autonomia). Nello specifico caso, invece, venne per la prima volta rivendicato dal Parlamento il diritto di giudicare i consiglieri del Re, indipendentemente dal parere del Sovrano.

A differenza delle sue origini e il suo utilizzo da parte degli inglesi che risulta basarsi su una natura giurisdizionale-penale, nella realtà americana l'uso dell'*impeachment* è stato recepito direttamente come strumento di controllo di tipo essenzialmente politico-amministrativo.^[2]

Già all'interno della stessa Dichiarazione d'indipendenza ritroviamo l'istituto, che come anticipato, prende spunto da quella particolare petizione inglese e ne aggiorna e modifica struttura e contenuto. In particolare, modificando soggetti passivi, le sanzioni e le condotte rilevanti. Inizialmente quindi, l'*impeachment* si caratterizzava come uno strumento da utilizzare contro funzionari pubblici per rimuoverli dalle loro cariche se avessero commesso

comportamenti rientranti nel «*maladministration or misconduct*».[3]

L'obiettivo, quando si è inserito tale strumento nella Dichiarazione, era quello di evitare possibili abusi da parte dell'esecutivo, che già allora sembrava troppo potente per come era stato concepito. Vi era la ricerca di una sorta di "responsabilizzazione del Presidente riguardo alle sue condotte. Come c'era da aspettarsi l'inserimento di uno strumento così potente creò molte discussioni all'interno della stessa convenzione di Filadelfia. Tali disaccordi cercarono di essere superati attraverso l'inserimento di un motivo ulteriore per attivare l'impeachment, ossia la "negligenza" (tale profilo venne successivamente accantonato). Le correnti e le motivazioni erano le più varie, c'era chi ne richiedeva la definitiva abrogazione, sostenendo che avrebbe condizionato eccessivamente l'esecutivo, e chi voleva ampliare in modo generalizzato tale strumento a ogni soggetto politico. Si arrivò infine alla decisione di inserirlo stabilmente all'interno della Costituzione stessa, con una larga maggioranza, infatti gli unici voti contrari arrivarono dal Massachusetts e dal South Carolina.[4]

I punti focali del procedimento erano l'attribuzione alla Camera del potere di accusa e il compito di giudicare tali accuse venne assegnato alla Corte Suprema.

I motivi per i quali si poteva ricorrere furono racchiusi nella triade "tradimento, concussione, corruzione", mentre gli effetti che derivavano da una colpevolezza in tal senso vennero limitati alla rimozione dalla carica e interdizione dai pubblici uffici.

Successivamente venne però messa in dubbio l'imparzialità e l'idoneità della Corte di giudicare il Presidente, in quanto i giudici da cui era formata venivano (e vengono) nominati proprio dal Capo dello stato. Quindi si è optato per insignire di questo onore e onere il Senato, che risultava essere l'organo più idoneo e soprattutto più imparziale, caratteristica quanto meno fondamentale in un procedimento come quello.

La scelta appena illustrata di utilizzare la camera alta per mettere sotto "stato d'accusa" il Presidente portò però al difficile utilizzo per fini politici dello strumento. Questo perché, nel corso del tempo si è consolidata la regola che per arrivare al giudizio è necessaria la maggioranza qualificata del Senato (quindi i due terzi). Due esempi di come questo procedimento sia complesso da portare a termine sono il caso del giudice Chase e quello del Presidente Johnson, nei quali non fu raggiunta la maggioranza necessaria per la condanna.[5]

La domanda che ci si pose dopo aver assegnato la direzione al Senato fu però a chi affidare la direzione del suo operato. Non poteva essere infatti a capo di tali operazioni il Vicepresidente (che normalmente è dirige le sedute di tale camera), in quanto palesemente imparziale per ovvi legami politici ma anche per possibili mire personali (visto che a seguito della condanna sarebbe stato lui il diretto successore). Si convenne quindi che la

presidenza del senato in questi particolari casi spettasse al “Chief Justice” della Corte suprema. Che venne insignito di tale carica senza il diritto di voto e quindi in. Una posizione assolutamente *super partes*.^[6]

Quando nel giugno 1788 la Costituzione americana venne ratificata (nonostante il tumultuoso e discusso iter per l’approvazione) l’impeachment fece quindi il suo definitivo ingresso nell’ordinamento.

2. Natura giuridica

Va chiarito come in realtà la Costituzione americana non prevede una definizione specifica d’*impeachment*, né si preoccupa di precisare la sostanza dello stesso.

In base alla definizione data dalla dottrina di fine XIX secolo, l’impeachment è «*un processo penale contro un funzionario pubblico che, attivato per un’accusa scritta chiamata “articoli di impeachment”, si celebra davanti ad un tribunale quasi politico*»^[7].

Nasce quindi un dibattito sulla natura dell’istituto, che da una parte della dottrina viene visto come vero e proprio processo penale, tanto da farlo ricomprendere nei procedimenti ordinari, e connotarlo con una valenza prettamente giurisdizionale.

Al contrario una diversa visione dottrinale lo classificherebbe come atto politico, sottolineando la natura stragiudiziale del procedimento (che appunto avviene all’infuori delle corti ad hoc). Quest’ultima descrizione sembra la più attinente, in quanto, in primis l’istituto nasce con fini politici, ovvero l’intento di mantenere un equilibrio istituzionale e sostituire figure politiche inadatte. Inoltre, sarebbe confliggente con una sua visione prettamente giurisdizionale, la possibilità di avviare un successivo procedimento giudiziario ordinario, come indicato dall’ art. I, sez. 3, 7° comma, secondo il quale “*il condannato potrà, nondimeno, essere soggetto e sottoposto ad incriminazione, processo, giudizio e sanzione secondo le leggi ordinarie*”.

Risulta quindi chiaro come la vera natura dell’impeachment sia di tipo politico e pur avendo connotazioni giurisdizionali non possa rientrare nel novero dei procedimenti ordinari, in quanto è lo stesso Senato a chiarire come esso non possa sostituirsi al potere giurisdizionale. Esso non è destinato a punire un colpevole, quanto a garantire lo Stato, non tocca né alla persona né i beni del reo, ma lo priva semplicemente della sua capacità politica.^[8]

3. Il procedimento

Prima di entrare nello specifico riguardo al procedimento stesso dell’istituto è doveroso fare una precisazione, l’art. II, sez. 4, della Costituzione «il Presidente, il Vice- Presidente e ogni altro funzionario civile degli Stati Uniti» possono essere soggetti alla procedura di

impeachment.^[9]

Quindi dalla lettura di questo articolo risulta chiaro che il Presidente, nonostante sia il bersaglio principale, non è l'unico soggetto sottoponibile al impeachment. Naturalmente in tale sede tratteremo solamente dell'utilizzo dell'istituto nei suoi confronti.

4. Il ruolo del Presidente

Tutte le attività poste in essere dal Capo dello stato sono a lui imputabili, quindi il Presidente è considerato responsabile per gli atti che esso ha compiuto all'interno del suo mandato.

Questa premessa è importante per inquadrare il campo di applicazione di questo strumento. È chiara quindi la divisione tra i procedimenti ordinari che accertano responsabilità di tipo civile o penale, da questo speciale procedimento volto a identificare esclusivamente la responsabilità politica.

Una particolarità che caratterizza il procedimento di impeachment, è che durante il suo svolgimento il Presidente non può essere sospeso dalle proprie funzioni.^[10] Questo perché la sua sospensione creerebbe un eccessivo squilibrio istituzionale, che non sarebbe stato colmabile dalla reggenza eccezionale del Vicepresidente. Inoltre, la sospensione sarebbe contraria ad uno dei principi cardine di ogni stato di diritto che si rispetti, ovvero il principio della “*non colpevolezza*”, quindi che nessun soggetto può essere considerato colpevole prima che si arrivi ad una sentenza definitiva.

5. Condotte rilevanti

Una volta individuati i soggetti contro cui è possibile procedere è necessario comprendere quali sono le condotte che possono portare alla sanzione e che fanno scaturire il procedimento. L'articolo II, sez. 4 della Costituzione degli Stati Uniti fa riferimento a “*Tradimento, corruzione e altri reati gravi*”. Per i primi due è chiaro comprendere di che tipo di comportamenti si tratti, mentre l'ultimo, complice la sua vaghezza, ha scaturito parecchi dubbi e dibattiti a livello dottrinale e giurisprudenziale.

È corretto allora vederli singolarmente più nello specifico.

- Tradimento: tale reato mostrava parecchie insidie agli occhi dei padri fondatori, in quanto reputavano che una definizione troppo generica e poco definita di tale reato avrebbe inficiato l'indipendenza stessa dell'itero neo-stato.

Secondo l'art 3, sez. 3, della Costituzione federale, infatti, sarebbe stato «considerato tradimento contro gli Stati Uniti soltanto l'aver impugnato le armi contro di essi, o l'aver fatto causa comune con nemici degli Stati Uniti, fornendo loro aiuto e soccorsi. Nessuno

[sarebbe stato] dichiarato colpevole di alto tradimento, se non su testimonianza di due persone che [fossero state] presenti a uno stesso atto flagrante, ovvero quando egli [avesse confessato] la sua colpa in pubblico processo».

Un caso recente di impeachment (tentato) che rientra in questa categoria è quello avvenuto nei confronti del Presidente Donald Trump, secondo le accuse mosse dai democratici allora il tycoon cercò di ricattare l'Ucraina per ottenere un vantaggio politico. Il presidente avrebbe trattenuto gli aiuti militari per il governo ucraino in cambio della promessa di aprire un'indagine su Joe Biden (attuale presidente degli Stati Uniti) e suo figlio. Il Presidente avrebbe così “messo i suoi interessi politici e personali al di sopra di quelli degli Stati Uniti”. Ma non solo: avrebbe anche “usato il suo incarico per incoraggiare un paese straniero a interferire nella campagna elettorale delle elezioni del 2020”. Ma alla fine nonostante i documenti e le e-mail raccolte, che certificavano la genuinità delle accuse, non si arrivò alla condanna in quanto non si raggiunsero i due terzi dei voti favorevoli in senato.

- Corruzione: in inglese “*bribery*”, è sì previsto come causa di impeachment ma non sono definiti, all'interno della costituzione, i suoi caratteri fondamentali. Per trovare una sua definizione completa bisogna fare riferimento e attingere dalla *common law*.

La corruzione è definita nel mondo del diritto come l'offerta, la consegna, la ricezione o la sollecitazione di qualsiasi oggetto di valore per influenzare le azioni di un funzionario, o altra persona, responsabile di un dovere pubblico o legale.

Una tangente è un dono illegale o non etico o uno sforzo di lobbying elargito per influenzare il destinatario.

Può essere denaro, beni, proprietà, preferenze, privilegi, emolumenti, oggetti di valore, vantaggio o semplicemente una promessa di indurre o influenzare l'azione, il voto o l'influenza di una persona in veste ufficiale o pubblica.

Era quindi la legislazione penale a definire la materia del reato di bribery, di conseguenza il congresso dovrà attenersi alle disposizioni del codice penale federale, e valutare in che casi possano sussistere accuse di carattere politico, e in che casi invece si è di fronte a fattispecie esclusivamente penali.

Infatti «*il rimedio costituzionale dell'impeachment per bribery non [avrebbe dovuto] dipendere dalle decisioni parlamentari relative all'omonima fattispecie contenute nel codice penale federale*».[\[11\]](#)

- Altri reati gravi: la Costituzione, come ultime condotte rilevanti menziona questi “*high crimes and misdemeanours*” ovvero “crimini gravi e misfatti”, categoria che di primo acchito sembra essere fin troppo ampia e imprecisa per ricoprire il ruolo sensibile di cui è

stata insignita. L' espressione andrebbe letta come «altri gravi reati e reati minori»; oppure, se il termine «high» riferito ad entrambi i sostantivi, «altri gravi reati e gravi reati minori». Tale lettura sembra quasi suggerire che gli illeciti compiuti dal Presidente dovrebbero essere di una tal gravità da richiedere un intervento immediato, senza poter aspettare le elezioni successive. In caso contrario, saranno gli elettori con il nuovo voto a “condannare” la condotta del Presidente.

In realtà in sede costituente vi erano state proposte ancora più vaste che ricomprendevano una maggior quantità di possibili attività incriminabili. Per esempio, Mason voleva inserire la “*maladministration*”^[12] all'interno dell'articolo, ma non venne accolta la sua mozione per i motivi definiti qui sopra.

Le discussioni su tali reati sono tutt'oggi vive, tanto che si sono formate vere e proprie correnti di pensiero dottrinali, che di volta in volta individuano i reati che rientrano o meno in tale categoria. Le due teorie più incisive sono quella “giurisdizionale” e quella “permissiva”. Nella prima viene teorizzato come solo le infrazioni penali, quindi veri e propri crimini previsti all'interno del codice penale, possano essere ricompresi come comportamenti che permettano anche il procedimento politico. Mentre la seconda teoria, più tardiva, voleva attribuire al Congresso il potere discrezionale di valutare come condizione di procedibilità determinati comportamenti, anche se questi non avessero violato norme penali.^[13]

Vi era inoltre, una terza teoria minoritaria, in quest'ultima veniva sostenuto che sarebbero state nulle tutte quelle leggi che avrebbero tentato di inserire nuove ipotesi di reato da quelle formalizzate nel 1787 all'interno della Costituzione. Questo perché, secondo i sostenitori di tale teoria, ciò avrebbe causato una modifica della Costituzione.

Tutte queste correnti sono tutte in parte corrette e portano a loro favore argomenti convincenti, la verità è che tutt'oggi la generalità della definizione di questo reato rende possibile delle interpretazioni e degli attacchi creativi da parte del Congresso nei confronti del Presidente di turno.

6. Ancora sul procedimento

Come anticipato nel capitolo introduttivo, va ricordato che l'impeachment è stato previsto all'interno della Costituzione americana dai padri fondatori, e la sua disciplina è frammentata tra vari articoli. Nell'art. I, sez. 2, 5° comma si stabilisce che la “*Camera dei Rappresentanti...sola avrà il potere di esercitare l'impeachment*”. Mentre nell'art. I, sez. 3, 6° comma, si precisa, invece, che il “*Senato avrà il potere esclusivo di giudicare l'impeachment*”^[14].

Inoltre, risultano fondamentali anche un paio di altre norme, l'art. I, sez. 3, 6° comma,

«nessun accusato potrà essere dichiarato colpevole senza una maggioranza dei due terzi dei membri presenti» in Senato[15], tale norma permette infatti che il procedimento permanga complesso nella sua approvazione). Infine, sempre l'art. I, sez. 3, 7° comma, che chiarisce «le condanne pronunziate in tali casi non avranno altro effetto se non di allontanare l'accusato dalla carica che occupa e di interdargli, negli Stati Uniti, l'accesso a qualsiasi carica onorifica, di fiducia o retribuita; ma il condannato potrà nondimeno essere soggetto o sottoposto ad incriminazione, processo, giudizio e sanzione secondo le leggi ordinarie»[16]. Tale ultimo comma chiarisce un concetto già esposto ma di focale importanza nel bilanciamento dell'istituto, ovvero che giacché l'unica sanzione prevista è l'esclusiva rimozione dall'ufficio di Presidente, il procedimento non si presenta come alternativo a quello penale, ma rappresenta una preconditione dello stesso.[17]

7. L'accusa

È necessario ora andare ad analizzare come materialmente si compie l'impeachment. Naturalmente la scelta di riservare il potere d'accusa, cioè di attivazione di tale procedimento, alla Camera deriva dal fatto che i deputati sono appunto nominati direttamente dal popolo e ciò quindi da una legittimazione rappresentativa al Congresso che li tramuta in una sorta di "inquisitori della Nazione".[18]

Ogni deputato facente parte della Camera dei rappresentanti ha quindi il potere di mettere sottostato d'accusa il Presidente. Ciò può essere posto in essere attraverso varie modalità, come un intervento diretto in aula dello stesso deputato, una dichiarazione scritta o la presentazione di una resolution.

Inoltre, nonostante non sia codificato, negli anni si è consolidata la concezione per la quale anche lo stesso Presidente mediante sui messaggi diretti a Parlamentari o membri del Governo, può formulare accuse che dovranno poi essere formalizzate dalla Camera che dovrà farle proprie[19], così da rispettare Nell'art. I, sez. 2, 5° comma.

La richiesta per l'avvio di un procedimento di impeachment è così importante e di preminente interesse tanto che la sua trattazione viene considerata una questione privilegiata che va trattata immediatamente appena se ne viene a conoscenza.

Come sappiamo è al Camera a decidere sulla procedibilità dell'impeachment stesso, ma non ha assolutamente voce in capitolo per quanto riguarda la decisione in riferimento alla colpevolezza. Prima che avvenga la discussione della questione vera e propria all'interno dell'aula vi è una sorta di fase istruttoria (volta a raccogliere più informazioni e prove possibili) eseguita da una commissione ad hoc.[20]

Anche se nel 1983 vi fu una piccola parentesi di tempo in cui venne sottratto tale potere di istruttoria alla commissione e venne nominato un organo indipendente. L'esperimento fu

un fallimento visto che tali organi risultavano privi di influenze e facilmente ostacolabili dagli indagati di turno. Ciò riporto all'originale attribuzione alla Commissione giustizia.

Tale fase istruttoria si differenziò come approcci nel corso del tempo. In principio infatti operava secondo un modello inquisitorio, per poi successivamente passare ad uno accusatorio.[\[21\]](#)

Fino al caso del Presidente Johnson[\[22\]](#)l'istruttoria si sviluppava senza la possibilità di difesa da parte dell'indagato. Vi era quindi una somiglianza tra la Camera e l'organo d'accusa di un procedimento ordinario.

Successivamente verrà invece aggiunta la possibilità per l'indagato di usufruire di mezzi di difesa specifici. Tra questi vi sono, la possibilità di essere interrogato sull'accusa, interrogare a sua volta i testimoni portati dalla Camera, inserire nuove prove testimoniali e addirittura richiedere che i propri difensori siano ammessi ai lavori della Commissione (per garantirne la genuinità). Tale ultima facoltà è considerata come un elemento che viene concesso discrezionalmente dalla Commissione, quindi l'indagato non ha sempre la sicurezza di poterne disporre.

Conclusa l'istruttoria la commissione ha il compito di pubblicare una relazione che includa l'esito delle indagini, e descriva i vari illeciti di cui è accusato il Presidente valutando quanto siano riconducibili effettivamente alla sua persona e se rientrano nelle condotte rilevanti per il procedimento d'impeachment. Ovviamente è in tale relazione che si chiarisce se vi sia l'intenzione di proseguire con l'incriminazione o meno.

Il documento viene successivamente recapitato alla Camera dei Rappresentanti per la votazione, essa avverrà in seduta plenaria. Per la sua definitiva approvazione il procedimento non richiede una maggioranza qualificata dalla Costituzione, quindi basta appunto una maggioranza semplice per validarne l'approvazione.[\[23\]](#)

La Commissione ha successivamente l'ulteriore compito, in caso si voti a favore della effettività delle accuse, di stilare i "capi d'accusa" con cui vengono definitivamente inseriti nel procedimento prove e accuse. Essi saranno di fondamentale importanza per

la totalità del procedimento e soprattutto per la fase del giudizio.[\[24\]](#)

Vengono poi eletti cinque soggetti che vengono chiamati "*managers*" ed hanno il compito di presentare davanti al Senato i risultati delle indagini, essi sono solamente formati in modo eterogeneo tra le forze politiche, per garantire l'equilibrio istituzionale.

Infine, la conclusione dell'accusa avviene con la presentazione ufficiale della notifica in senato della messa in stato d'accusa, questo atto porta definitivamente il procedimento nella

fase di giudizio.

8. Il giudizio

Come abbiamo già precedentemente analizzato, la discussione che porto alla scelta dell'organo adatto per giudicare il Presidente fu complessa e si protrasse per molto tempo.

La prima idea fu di creare un organo ad hoc, poi successivamente l'opzione più centrata sembrò quella di attribuire alla Corte Suprema tale potere, ma ciò in entrambi i casi risultò inadatto, per motivi differenti ma comunque attinenti all'indipendenza e il potere di influenza degli stessi.

Risultò quindi chiaro che l'organo più adatto fosse il Senato, e che per garantire ancora di più il suo buon funzionamento in tale nuova posizione bisognasse prevedere delle ulteriori disposizioni.

Tali fondamentali aggiunte, che contribuirono materialmente alla buona riuscita di tale scelta, furono in primis la necessità di raggiungere la maggioranza qualificata (i due terzi) per emanare la condanna. Mentre l'altra aggiunta fu la cessione della presidenza del Senato da parte del Vicepresidente nei confronti del "*Chief Justice*"^[25] (ovviamente solo per la durata del procedimento).

La fase introduttiva consiste semplicemente nella ricezione da parte del Senato della notifica della messa in stato d'accusa del Presidente da parte della Camera. Il procedimento entra nel vivo con la fase costitutiva, in questa fase il senato interrompe qualsiasi attività ordinaria stesse compiendo e richiede il giuramento dei senatori. Essi devono giurare di "*fare giustizia in modo imparziale secondo la costituzione e le sue leggi.*"^[26] Sarà poi compito del Senato informare la Camera del successo nella costituzione dell'organo giudicante.

Il primo contatto con l'indagato avviene con la fase comunicativa, con cui appunto sei rende noto a quest'ultimo della sua citazione in aula. Tale presenza non è però necessaria, in caso di mancata comparizione o addirittura di mancata risposta, si proseguirà comunque con l'iter d'impeachment, mantenendo saldo il principio costituzionale di base, cioè la "non colpevolezza".

Subito dopo si procede con la fase probabilmente più sensibile, quella acquisitiva. Come dice la parola stessa in questa fase l'obiettivo è quello di ammettere le prove nel procedimento (tutto ciò avviene se non perviene un'ammissione preventivamente).

Per quanto riguarda l'organo competente a compiere un'azione tanto delicata, esso è dibattuto, infatti vi sono due differenti visioni al riguardo.^[27] La prima, semplicemente fa

rientrare tale mansione nell'attività del Senato che si svolgono in adunanza plenaria.

La seconda, più complessa, prevede la nomina di un'ennesima Commissione direttamente dall'ufficio del Presidente. Essa dovrà rimanere in uno stato di totale imparzialità, visto che la sua attività principale sarà la raccolta di testimonianze, prove e relazioni sulla propria attività.

Vi è però un dubbio che fin da subito appare evidente, nonostante sia indubbiamente più funzionale alleggerire la pressione che già permane sul Senato aggiungendo un organo di quel tipo, rimane il fatto che privare la Camera alta di un compito attribuitogli direttamente dalla Costituzione sia sostanzialmente incostituzionale.

Come al solito è stata la Corte Suprema a risolvere la diatriba. Infatti, nel 1993 ha sottolineato, attraverso una sentenza, l'autonomia del senato in tale attività: *determinazione delle norme procedurali più idonee ad un più adeguato svolgimento dei lavori (...) in applicazione della potestà regolamentare che la Costituzione attribuisce espressamente ed in maniera esclusiva a ciascun ramo del Parlamento*». [28]

Due particolarità su questa fase acquisitiva che è importante sottolineare hanno a che fare con le prove. La prima grossa differenza dal procedimento ordinario riguarda nello specifico le “prove indirette” che per evitare di influenzare la giuria in esso non sono ammissibili, mentre nel procedimento per impeachment se ne può fare uso visto che i senatori vengono reputati soggetti meno condizionabili rispetto al cittadino medio.

L'altra particolarità fa riferimento all'utilizzo dell'onere della prova, infatti ci sono approcci differenti a tale principio a seconda che sia usato all'interno di un procedimento penale o civile. La Costituzione non chiarisce espressamente come utilizzarlo all'interno del procedimento d'impeachment, quindi anche in questo caso si sono formate correnti contrastanti.

Si è reputato che né la visione civilistica esclusivamente riferita al rapporto tra le prove e la condanna, né la visione penalistica che richiede la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio, siano applicabili. Viene quindi a formarsi una concezione indipendente da quelle due correnti derivanti dalla dottrina giurisdizionale, secondo la quale *“la scelta del criterio in base al quale valutare la colpevolezza dell'imputato è demandata al libero convincimento di ciascun membro del Senato”*. [29]

Infine, terminata anche l'acquisizione, si arriva alla fase del procedimento della discussione. Questa è la fase più propositiva in cui ciascuna parte può compiere i propri rispettivi interventi. Il Senato potrà inoltre valutare se rinnovare l'assunzione di prove o l'ascolto di testimoni. Mentre i rappresentanti dell'accusa avranno la possibilità di concludere con un'arringa finale, che poi sarà seguita dalle riflessioni dei singoli senatori.

Si conclude il tutto con la fase della votazione, è questo il momento in cui i vari membri del senato votano sulla colpevolezza o meno dell'indagato. Se verrà raggiunta la maggioranza qualificata dei due terzi, il senato sarà abilitato ad emettere la definitiva sentenza di condanna.

9. La condanna

“Le condanne pronunziate non avranno altro effetto se non di allontanare l'accusato dalla carica che occupa e di interdirlgli, negli Stati Uniti, l'accesso a qualsiasi carica onorifica, di fiducia o retribuita; ma il condannato potrà nondimeno essere soggetto o sottoposto ad incriminazione, processo, giudizio e sanzione secondo le leggi ordinarie”. [30]

La parte conclusiva dell'articolo inerente all'impeachment della Costituzione, e da ciò traspare come vi sia un collegamento tra la sentenza che deriva da tale procedimento e gli eventuali procedimenti ordinari che verranno istaurati successivamente contro il condannato.

La conclusione finale del procedimento di impeachment, a meno che non pervenga l'assoluzione, è la condanna.

Tuttavia, oltre a questi due possibili epiloghi se ne è formalizzato un altro attraverso la prassi, ovvero il caso in cui l'indagato prima che venga emessa la decisione finale, si dimetta volontariamente dalla propria posizione. [31]

Le dimissioni, secondo alcuni autori «*rappresentano un'adeguata ed anticipata conclusione dell'impeachment. Il congresso, infatti, potrà lasciare la questione nelle mani della giurisprudenza ordinaria laddove i comportamenti si concretizzino nella violazione delle leggi penali generali*» [32].

Va però evidenziato che la costituzione non prevede espressamente l'interruzione del procedimento in conseguenza alle dimissioni dell'indagato dalla carica, vi furono casi (solamente per impeachment di giudici e non Presidenti) in cui si proseguì comunque nonostante le avvenute dimissioni.

Una situazione più unica che rara, che si riallaccia a tale dibattito sull'utilizzo dell'impeachment, è quella avvenuta con il Presidente uscente Donald Trump. Egli, infatti, il 9 febbraio scorso è stato (per la seconda volta) sottoposto al procedimento d'impeachment. La prima particolarità sta nel fatto che ciò lo rende il primo Presidente a subire due procedimenti di impeachment, ma il dubbio di costituzionalità consiste e si concentra sul suo ruolo al momento dell'incriminazione. Infatti, a febbraio Trump era già formalmente e ufficialmente l'ex Presidente. In ogni caso l'esito della votazione in Senato ha reso inutile tale riflessione che resterà confinata nei manuali di diritto costituzionale

americano.

LA CONDIZIONE DELLO STRANIERO NELLA COSTITUZIONE ITALIANA: LA PARZIALE ATTUAZIONE DEI DIRITTI POLITICI E SOCIALI

La figura dello straniero è, da sempre, emblematica. La mancanza di riferimenti nella Carta costituzionale ha incentivato il dibattito sui diritti spettanti a tale figura. Sebbene dal quadro costituzionale emerga una visione puntuale ed esaustiva, il legislatore nazionale ha preferito rimanere ancorato agli interventi dell'Unione europea, non sbilanciandosi su temi cruciali. Tuttavia, l'emergenza sanitaria ha rappresentato l'occasione per riflettere sull'attuazione dei diritti dello straniero, e di conseguenza, sulla condizione morale e giuridica degli stessi.

autore **Luana Leo**



Abstract ENG

Sommario: 1. La posizione costituzionale dello straniero; 2. Lo straniero e la condizione di reciprocità; 3. L'incidenza della riforma del Titolo V in materia di immigrazione; 4. I diritti sociali dello straniero nella Costituzione e nell'ordinamento interno; 4.1 Lo scenario europeo ed internazionale; 5. I diritti politici dello straniero; 6. La tutela dello straniero ai tempi dell'emergenza sanitaria da Covid-19; 7. Rilievi conclusivi.

1. La posizione costituzionale dello straniero

La mancanza di un esplicito riferimento allo straniero nella Costituzione del 1948 dipende da motivazioni storiche che caratterizzarono il periodo di stesura del testo costituzionale.

Occorre però segnalare che la condizione dello straniero emerge in taluni valori e principi su cui fu fondato l'accordo in Assemblea costituente.

Nelle Costituzioni post-fasciste, il “non cittadino” non costituisce più oggetto di pregiudizio.

Nel sistema costituzionale, il valore personalista e il rispetto della persona umana si concretizzano nell'essenzialità e prevalenza della persona, ma anche nella sua specificità di anziano, minore, diversamente abile, donna e straniero, nonché soggetto particolarmente vulnerabile, e di conseguenza meritevole di tutela.

Prima di analizzare tale aspetto, appare opportuno evidenziare come il termine “non cittadino” sia abitualmente preferito a quello di straniero, in ragione della sua capacità di

abbracciare i diversi tipi di soggetti cui a cui si riferisce.

Al fine di giungere ad una corretta risposta, è necessario tenere presente la diversa condizione in cui versano cittadini e stranieri nella Costituzione, come testimoniano i vari richiami disseminati nel dettato costituzionale, ma anche le formule di cui agli artt. 10, comma 2, e 22 Cost.

Allo stesso tempo, si è assistito ad una concordanza tra le due condizioni soggettive, in passato separate, tanto da integrarsi, almeno in parte.

Una nobile parte della dottrina^[1] ritiene che l'invenzione del termine "non cittadino" equivalga ad una rottura della Costituzione, per prassi giustificata dall'art. 11 Cost., che però ha riguardato gli stessi principi fondamentali generanti la configurazione della cittadinanza, a partire da quella che incastra nel popolo il potere sovrano.

Da ciò ne deriva che la diversa condizione riservata dalla Costituzione a cittadini e stranieri risulta parzialmente superata.

In particolare, una corrente di pensiero sostiene che il dettato costituzionale sia stato rivisitato con l'affermazione del fenomeno comunitario: il quadro in origine snellito e articolato nei soli due tipi del cittadino e dello straniero viene compromesso dall'invenzione del *tertium genus* rappresentato dal cittadino "comunitario"^[2].

Quest'ultimo, a sua volta, appare graduato. A tale proposito, si è tenuto^[3] a marcare come l'Unione europea stia diventando "*laboratory for differentiat ed citizenship*".

A differenza del concetto *standard* di cittadinanza che incorpora il "popolo" e definisce l'appartenenza del singolo ad una determinata collettività organizzata, quello moderno di cittadinanza europea si caratterizza per la mancanza di un presupposto, e per tale motivo, nasce con un "peccato originale"^[4].

Sul piano costituzionale, i riferimenti normativi sulla condizione giuridica dello straniero sono riscontrabili, oltre che nell'art. 10, di rinvio alle norme internazionali, nell'art. 2 ("*riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo*") e nell'art. 3, che contempla l'enunciazione dell'eguaglianza in senso formale, intesa non più solo come eguaglianza davanti alla legge, ma corredata dalla "pari dignità sociale di tutti".

Come già enunciato, l'art. 10, comma 2, Cost. tratta esplicitamente la questione, sancendo che "*la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*".

L'articolo sopraindicato, al terzo comma, prescrive norme in tema di diritto di asilo; al quarto comma, stabilisce il divieto di estradizione dello straniero per ragioni politiche.

Di notevole spessore è il comma 1 dello stesso articolo, che prevede l'obbligo, per l'ordinamento giuridico italiano, di conformarsi alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

Una palese lacuna dell'articolo in esame attiene alla mancata specificazione dei rapporti con gli altri principi fondamentali. In realtà, la questione dello straniero non fu oggetto di discussione in Assemblea costituente: al contrario dei Paesi nordeuropei, l'Italia conobbe il fenomeno dell'emigrazione; di conseguenza, i Costituenti si accostarono al tema della tutela dei lavoratori all'estero.

Tale omissione costituzionale però non deve considerarsi un'esclusiva italiana: nelle Costituzioni francesi del 1946 e del 1948 e in quella tedesca del 1949, la figura dello straniero non viene neppure accennata, pur essendo Paesi ospitanti.

Sempre al riguardo dell'omessa precisazione dei rapporti tra l'art. 10 e gli artt. 2 e 3 Cost., occorre segnalare la redazione di un nuovo testo in cui non compaiono i primi due commi.

In tale senso, si potrebbe immaginare che per i Costituenti quei diritti trovassero già garanzia negli artt. 2 e 3 Cost.; al contempo, non è da escludere la rimessione diretta alla legge e alla normativa internazionale dell'intero statuto giuridico dello straniero.

Oltre alla lacuna sopraindicata, restano da chiarire ulteriori punti, tra cui l'applicabilità a tale categoria delle singole disposizioni contenute nella prima parte della Costituzione; l'estensione soggettiva dei diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2 Cost.; e l'ambito di dilatazione del principio di uguaglianza.

Tali punti non trovarono l'attenzione dei Costituenti, poiché non percepiti da essi, e dunque, non meritevoli di essere scrutati.

2. Lo straniero e la condizione di reciprocità

Al trattamento dello straniero viene ricollegata l'unica ipotesi di limitazione della capacità giuridica: in virtù dell'art. 16 delle disposizioni preliminari al Codice civile *“lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità”*, cioè a condizione che lo Stato di appartenenza proceda allo stesso modo nei confronti del cittadino italiano.

Ad esso si accosta l'art. 10, comma 2, Cost., per il quale *“la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”*.

A distanza di un ampio lasso di tempo, sorgono ancora dubbi circa l'ambito di applicazione di tali norme, a causa delle problematiche insorte con l'intensificarsi dei fenomeni

migratori.

L'art. 10, comma 2, Cost. intende preconstituire una specie di "rivalsa" nei confronti degli atti dei cittadini di taluni Stati europei, al fine di incentivare la tutela dei diritti e degli interessi legittimi degli italiani all'estero.

Occorre evidenziare come tale strumento possieda natura internazionale-privatistica.

Tradizionalmente, la dottrina giusinternazionalistica distingue tre tipi di reciprocità: diplomatica, legislativa e di fatto.

La prima consiste nell'equiparare gli stranieri ai cittadini, in quanto previsto e regolato da appositi accordi intergovernativi.

In precedenza, tale materia rientrava tra quelle regolamentate da convenzioni consolari e di stabilimento o nei trattati di commercio e navigazione stipulati dall'Italia con ulteriori Paesi.

Nei tempi moderni, la prassi si è indirizzata verso accordi interstatali tramite i quali le parti contraenti riconoscono diritti ai rispettivi cittadini.

La reciprocità legislativa, tipica delle legislazioni più risalenti, muta con il variare delle circostanze e consiste nella verifica della sussistenza nell'ordinamento giuridico dello straniero di una disposizione analoga a quella nazionale.

Infine, la reciprocità di fatto implica una ricerca relativa all'ordinamento nel suo complesso (giurisprudenza, prassi amministrativa, comportamenti diffusi), al fine di dimostrare un trattamento del cittadino italiano corrispondente a quello riservato nello Stato italiano ad un cittadino straniero.

A tale proposito, si segnala che, nella discussione del primo progetto del Codice civile Albertino la sezione di grazia e giustizia del Consiglio di Stato, subordinata al parere del Senato di Savoia, negava l'ammissione della reciprocità di fatto, giudicata come una specie di "rappresaglia"[\[5\]](#).

La dottrina prevalente sostiene che l'ordinamento italiano sia orientato alla reciprocità di fatto[\[6\]](#).

Una conferma proviene dalla Suprema Corte che, in una risalente pronuncia[\[7\]](#), dichiara l'irrelevanza del riconoscimento dello Stato estero cui appartiene lo straniero.

In particolare, la Cassazione specifica che

“condizione necessaria e sufficiente per tale applicazione è invero l’effettività dell’ordinamento straniero, salvo il caso in cui disposizioni particolari di legge non richiedano anche la condizione della reciprocità di trattamento e sempreché i principi della legislazione straniera da applicare non appaiano incompatibili con i principi di base dell’ordinamento del foro”.

Di recente, il Tribunale di Trento[8] ha concesso maggiori informazioni, affermando che la condizione di reciprocità prescritta dall’art. 16 delle preleggi

“può ritenersi avvalorata ogni qualvolta lo Stato, cui appartiene la persona che agisce in giudizio, riconosce nel proprio ordinamento un diritto uguale o simile a quello esercitato in Italia, senza discriminare quanto all’esercizio di tale diritto il cittadino o la persona giuridica di nazionalità italiana rispetto al cittadino e alla persona giuridica propri”.

Il Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e le norme sulla condizione dello straniero[9] ha introdotto modifiche sostanziali all’articolo in commento.

Esso, all’art. 2, statuisce che allo straniero presente alla frontiera o nel territorio dello Stato *“sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti”.*

Allo straniero soggiornante in Italia e titolare di un permesso di soggiorno rilasciato per motivi di lavoro sono riconosciuti poi i diritti civili accordati dalla legge italiana per i cittadini italiani, a prescindere dall’esistenza della condizione di reciprocità[10].

Ove lo straniero risulti carente di un titolo di soggiorno si adottano criteri divergenti: in caso di sottoscrizione di un accordo sui diritti civili tra il Paese di cui lo straniero è in possesso della cittadinanza e l’Italia non risulta necessaria la verifica delle condizioni di reciprocità per le materie oggetto dell’accordo; in mancanza di un trattato *ad hoc*, invece, spetta al Ministero degli Esteri il compito di concedere agli uffici pubblici e ai notai i criteri per appurare la condizione di reciprocità.

Una volta giunti a tale punto, appare opportuno precisare il fondamento ed il significato della condizione di reciprocità.

La prevalente dottrina italiana considera l’art. 16 delle preleggi come una norma imperativa, di applicazione necessaria, la cui violazione implica la nullità dell’atto rogato[11].

3. L'incidenza della riforma del Titolo V in materia di immigrazione

La materia dell'immigrazione è da sempre oggetto di discussione circa la ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni.

Sebbene la travagliata riforma costituzionale del 2001 abbia assegnato alla competenza esclusiva dello Stato le materie della *“condizione giuridica dello straniero”*, del *“diritto di asilo”* e dell'*“immigrazione”*, l'impatto delle stesse su ambiti di competenza delle Regioni, generano un quadro legislativo intricato.

Nel corso degli anni, la Corte costituzionale, pur ritenendo la disciplina dell'immigrazione *“un profilo essenziale della sovranità dello Stato”* [12], ha evidenziato che a ragionare in termini di etichette si sarebbe corso il rischio di arrendersi alla *“vertigine della lista”* [13].

La giurisprudenza costituzionale ha così accordato alle Regioni margini di intervento sia su aspetti che toccano le competenze esclusive statali sia su profili dell'*immigrant policy* ascrivibili ai titoli di competenza residuale – i servizi sociali, l'inserimento scolastico, l'assistenza sanitaria e l'integrazione sociale – incentivando le Regioni ad un intervento promozionale, da attuarsi tramite l'implicazione degli enti locali.

A seguito della ripartizione delle competenze, la legislazione regionale ha *“voluto espressamente agganciare i propri ambiti di incidenza ad una lettura sociale della cittadinanza regionale, denominando i sistemi integrati dei servizi sociali – di competenza residuale – come “diritti di cittadinanza sociale”* [14].

Una parte della dottrina [15], oltre a ribadire la natura programmatica, ha letto l'art. 118, comma 3, Cost. quale indice del carattere trasversale dell'immigrazione, sottolineando la necessità di attribuire spessore agli interessi e alle indicazioni regionali nelle politiche di definizione e gestione dei fenomeni migratori.

Occorre specificare che, a fronte della complessità interpretativa della disposizione in commento, non si è giunti ad una concezione unitaria.

La dottrina, infatti, si è interrogata in merito al significato da conferire alla norma in commento: se *“positivo”*, nel senso di incoraggiare l'assegnazione delle funzioni attinenti all'immigrazione, l'ordine pubblico e la sicurezza al piano regionale e statale; o se *“negativo”*, nel senso di estromettere radicalmente da tali funzioni il piano regionale e provinciale [16].

Sotto il primo profilo, si segnala l'istituzione delle Consulte per gli immigrati (livello regionale, provinciale e comunale) [17], ossia organismi a composizione aperta, ai cui membri si accostano anche esponenti delle comunità immigrate presenti sul territorio,

rappresentanti di associazioni di volontariato attive nel settore, enti istituzionali di differente natura ed enti locali.

Tuttavia, tali organismi non sono riusciti ad influenzare le azioni delle istituzioni locali in materia, in quanto limitati nell'emettere pareri rispetto alla programmazione regionale.

Alla luce di tale scenario, l'attuazione della disposizione contenuta nell'art. 118, comma 3, Cost. risulta parziale, avendo indirizzato solo interventi diretti ad intensificare la cooperazione tra Stato e Regioni, in virtù delle novità apportate dalla c.d. legge Bossi-Fini[18] al Testo Unico Immigrazione[19].

Quest'ultimo, all'art. 2-bis, ha istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri il Comitato per il coordinamento ed il monitoraggio delle politiche in materia di immigrazione, prescrivendo la presenza di *“un presidente di regione o di provincia autonoma designato dalla Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome”*, e che *“per l'istruttoria delle questioni di competenza del Comitato, è istituito un gruppo tecnico di lavoro presso il Ministero dell'interno”*, costituito da tre esperti nominati dalla Conferenza unificata.

Il successivo art. 3 stabilisce che – al fine di predisporre ogni tre anni il documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato – il Presidente del Consiglio senta *“la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, la Conferenza Stato-città e autonomie locali”*.

A seguito all'approvazione della legge Bossi-Fini, le Regioni continuano a rivestire un ruolo marginale rispetto allo Stato.

Tuttavia, la Corte costituzionale, in una determinata pronuncia[20], inquadra la questione e delinea le coordinate entro cui collocare le politiche regionali in materia di immigrazione.

Come osservato in dottrina, sembra che la Corte

“sposi una lettura tendenzialmente restrittiva della riserva statale in materia di immigrazione e di condizione giuridica dello straniero da intendere in prevalenza come gestione dei flussi di ingresso e come condizioni del soggiorno e dell'allontanamento dello straniero dal territorio statale”[21].

4. I diritti sociali dello straniero nella Costituzione e nell'ordinamento interno

Il riconoscimento e la tutela dei diritti sociali trovano base sia nel principio personalista, connesso alla dignità umana, sia nel precetto della c.d. uguaglianza sostanziale.

Occorre specificare che l'art. 3 Cost. collega espressamente il principio dell'uguaglianza ai cittadini.

A prescindere da tale indicazione letterale, la Corte costituzionale, in svariate pronunce, ha sancito che esso attiene anche allo straniero, in termini di rispetto dei diritti inviolabili.

Seguendo il ragionamento del Giudice delle Leggi, sembrerebbe che, laddove manchino i diritti fondamentali, il legislatore potrebbe imputare agli stranieri un trattamento ben differente.

Tuttavia, la Corte ha censurato condotte del legislatore ordinario che finivano per discriminare irragionevolmente la sua condizione giuridica, indipendentemente dai principi fondamentali.

Nella sentenza 2 dicembre 2005, n. 432, la Consulta avalla quanto appena esposto, tenendo a precisare che un trattamento differenziato nei confronti dello straniero è ritenuto ammissibile *“in presenza una “causa” normativa non palesemente irragionevole o, peggio arbitraria”*.

L'estensione del principio di eguaglianza agli stranieri trova conferma nelle fonti sovranazionali: si pensi, all'art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (*“es hommes naissent et demeurent libres et ègaux en droits”*), alle dichiarazioni americane (*“we hold these truths to be self evident that all men are created equal; all men are by nature equally free and independent”*) e al XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti che riconosce a tutti eguale tutela dei diritti.

La volontà di non circoscrivere la protezione del principio di eguaglianza ai soli cittadini emerge anche in Assemblea Costituzione: il testo rigettato dalla I sottocommissione menzionava il termine “uomini”; tale termine, fu poi sostituito dal comitato di redazione con quello di “cittadini”.

In materia di diritti sociali degli stranieri, l'art. 10, comma 2, Cost. riveste un ruolo di rilievo, in quanto l'accesso ed il godimento di tali diritti contribuiscono a delineare *“la condizione giuridica dello straniero”*.

Occorre segnalare che, in origine, la Consulta ha assunto un atteggiamento di prudenza, riconoscendo la qualificazione a taluni diritti.

Con il decorrere del tempo, la Consulta ha ascrivito all'art. 2 Cost. un ventaglio di diritti, evidenziando come l'inviolabilità non attenga soltanto ai diritti che la Carta costituzionale valuta come tali, ma riguardi anche ulteriori diritti.

Di recente, si è parlato di “nuovi diritti sociali”, intendendo per “nuovi” quelli non

espressamente previsti nel catalogo costituzionale.

Tuttavia, una corrente di pensiero ha osservato che in realtà *“nulla è ... completamente “nuovo”, ma ogni evoluzione assume le forme della rielaborazione, dell’approfondimento “delle potenzialità espressive del dettato costituzionale”* [22].

A tale proposito, la dottrina risalente ha posto un interrogativo: il principio di eguaglianza potrà mai ritenersi soddisfatto? O il processo di attuazione costituzionale deve essere reputato interminabile? [23]

Definito il quadro costituzionale, occorre precisare che il riconoscimento dei diritti sociali degli stranieri è avvenuto per merito del legislatore e della giurisprudenza.

La legge 30 dicembre 1986, n. 943, rappresenta il primo intervento normativo in materia di immigrazione: il legislatore traccia importanti linee in ordine alla parità di trattamento tra lavoratori italiani ed extracomunitari.

Tuttavia, una regolamentazione organica della materia avviene soltanto con il d.lgs. 286/1998 (c.d. Testo Unico Immigrazione), il quale definisce il regime degli ingressi ed i diritti dello straniero presente sul territorio.

Il Testo Unico riserva particolare attenzione ai diritti sociali dello straniero: in esso, infatti, sono rilevabili disposizioni dedicate al trattamento del lavoratore straniero (art. 22), alla salute dello straniero regolarmente o irregolarmente presente sul territorio italiano (artt. 34-35), all’assistenza sociale (art. 35), all’istruzione (art. 38) e all’accesso di abitazione (art. 40), ai quali deve essere accostata la generale previsione dell’art. 2, che garantisce allo straniero irregolarmente presente nel territorio statale i diritti fondamentali, mentre allo straniero regolarmente soggiornante riconosce tutti i diritti in materia civili spettanti al cittadino italiano.

Nel corso del tempo, il Testo Unico ha subito radicali modifiche, tese a intaccare la tutela dei diritti sociali.

In particolare, la legge 15 luglio 2019, n. 94, ha rideterminato la condizione giuridica dello straniero, mediante l’introduzione dell’obbligo per lo straniero di sottoscrivere un “accordo di integrazione”, articolato su crediti conseguibili per tutto l’arco temporale di validità del titolo di soggiorno richiesto [24].

La necessità di introdurre nell’ordinamento giuridico nazionale uno strumento tendente ad appurare l’integrazione degli stranieri trova fondamento nel panorama europeo.

Appare opportuno sottolineare che le dure critiche riversate nei confronti del provvedimento durante l’*iter* parlamentare di approvazione della l. 94/2009 non hanno

innescato un confronto accurato sulle varie questioni sostanziali discendenti dall'idea di un obbligo giuridico di integrazione gravante sullo straniero.

Come evidenziato da una parte della dottrina[25], i profili destanti maggiore considerazione da parte dell'opposizione hanno riguardato, da un lato, l'incompatibilità con la riserva di legge rinforzata in tema di condizione giuridica degli stranieri *ex art. 10, comma 2, Cost.*, e dall'altro, la violazione del divieto della *reformatio in peius* derivante dalla prevenuta estensione dell'accordo di integrazione anche agli stranieri già in possesso del permesso di soggiorno.

Una novità apportata dal Testo Unico consiste nella c.d. “*Azione civile contro la discriminazione*”, ossia un rimedio giurisdizionale *ad hoc* mirante a contrastare qualsiasi comportamento discriminatorio per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Tale azione è regolata dal combinato disposto degli artt. 43 e 44 del Testo Unico: il primo attiene all'aspetto sostanziale e si focalizza sulla definizione di “discriminazione”, mentre il secondo concerne l'aspetto processuale, oggetto di discussione giurisprudenziale.

Con riguardo al primo, il Testo Unico tende ad anticipare la normativa comunitaria, definendo discriminatorio

“ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizione di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica”.

Per quanto concerne il secondo, occorre marcare che il procedimento si compone di due fasi distinte: una prima sommaria (commi 3, 4 e 5), che riproduce *in toto* la disciplina del procedimento cautelare di cui all'art. 669-*sexies* c.p.c. e si conclude con un'ordinanza di accoglimento o di rigetto della domanda; una seconda, di cognizione piena, che termina con la decisione che porta a termine il giudizio (comma 7), da identificarsi come sentenza (comma 10).

Una parte della dottrina ha evidenziato come risulti poco chiara la natura del procedimento in questione[26].

Secondo la Corte di Cassazione[27], quello messo a punto dall'art. 44 è un procedimento cautelare, terminante con un'ordinanza, ma che, essendo tale non è più automaticamente bifasico; di conseguenza, la decisione cautelare potrebbe non essere succeduta da una

decisione di merito.

Rispetto a tutti gli altri diritti, il diritto alla salute è l'unico definito dalla Costituzione come "fondamentale".

Come sostenuto in dottrina, il diritto alla salute potrebbe essere concepito come un diritto classico di libertà, "*primario e fondamentale*", avente ad oggetto un bene unitario, nei cui confronti deve essere assicurata una "*piena ed esaustiva tutela*"[\[28\]](#).

Dottrina e giurisprudenza concordano in merito alla dimensione plurima dell'art. 32 Cost., nonché individuale e collettiva.

In particolare, per la Consulta[\[29\]](#), l'art. 32, comma 1, Cost., il bene-salute è tutelato "*non solo come interesse della collettività ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo*".

In ragione di ciò, il diritto ai trattamenti sanitari è accordato a ciascun soggetto, cittadino e straniero: esso, dunque, viene riconosciuto a prescindere dalla regolare presenza sul territorio dello Stato.

A livello legislativo, tali principi trovano concretizzazione nell'art. 1 della l. 30 dicembre 1986, n. 943, in base al quale la residenza sul territorio della Repubblica e l'espletamento di un'attività lavorativa motivano l'iscrizione al servizio sanitario nazionale, a prescindere dalla cittadinanza.

Il Testo Unico Immigrazione ha subordinato la tutela della salute dello straniero in ordine all'iscrizione al SSN e alla condizione di regolarità sul territorio.

Con riguardo al primo profilo, l'art. 34 TUI ha stabilito l'obbligo di iscrizione al SSN per taluni soggetti, nonché i lavoratori stranieri, gli stranieri regolarmente soggiornanti per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza.

Per le altre categorie di stranieri, invece, l'iscrizione è facoltativa[\[30\]](#).

Per quanto concerne il secondo profilo, il TUI assicura anche ai cittadini stranieri non regolarmente presenti sul territorio "*nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché' continuative, per malattia e infortunio*" (art. 35, comma 3, TUI).

Una questione spinosa concerne il riconoscimento del risarcimento del danno allo straniero, in ragione dell'inviolabilità del diritto alla salute.

Una parte della giurisprudenza ritiene che in tale ambito trovi margine la condizione di reciprocità prevista dall'art. 16 delle preleggi[31].

Altra parte[32], invece, subordina la suddetta condizione ai diritti non fondamentali, riconoscendo così allo straniero il diritto in esame.

La Carta costituzionale, all'art. 34, nel prescrivere che la “scuola è aperta a tutti” identifica il diritto allo studio come diritto fondamentale, il quale deve essere assicurato a tutti nella sua gratuità, quantomeno a riguardo dell'istruzione dell'obbligo.

All'inizio degli anni '90 del XX secolo, la presenza di studenti stranieri ha posto in essere una sfida complicata e faticosa per il sistema scolastico nazionale.

L'istituto scolastico, concepito come seconda comunità educativa, è chiamato a compiere una politica di integrazione.

Esso opta per la totale integrazione/inclusione di tutti di studenti e l'educazione interculturale come sua prospettiva culturale[33].

L'art. 38 TUI stabilisce che i minori stranieri presenti sul territorio siano soggetti all'obbligo scolastico e ad essi si applichino tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica, a prescindere della regolarità della loro condizione giuridica sul territorio.

Il diritto allo studio dello straniero maggiorenne, invece, è vincolato al possesso di un regolare permesso di soggiorno.

Nello stesso periodo storico, l'apparato politico è stato chiamato a sostenere sistema formativo nazionale, al fine di favorire l'intercultura[34].

L'attuazione del diritto allo studio coinvolge due temi: l'inserimento scolastico del minore e l'accesso degli stessi alle prestazioni scolastiche.

Sotto il primo profilo, talune circolari amministrative hanno previsto che i minori stranieri vengano iscritti alla classe pertinente all'età anagrafica[35].

Particolarmente discussa è stata la proposta incentrata sull'istituzione di apposite classi separate[36].

Sul punto, la Corte costituzionale ha avuto modo di fare luce sulla necessità di evitare l'isolamento e il rischio di regresso agli anni più oscuri, tenendo conto della comunità scolastica come formazione sociale (art. 2 Cost.), in cui deve essere rimosso ogni tipo di ostacolo (art. 3 Cost.)[37].

Sotto il secondo profilo, l'esecuzione di tale obbligo implica una serie di rinunce da parte dei genitori; tuttavia, in nome [\[38\]](#) del principio di gratuità dell'istruzione inferiore, lo Stato si impegna ad erogare talune prestazioni senza opprimere ancora le famiglie [\[39\]](#).

L'art. 38 Cost., riservato alla sicurezza sociale, tutela due categorie di soggetti: da un lato, gli inabili e gli indigeni, dall'altro i lavoratori.

Esso, infatti, prevede espressamente che *“ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale”*, mentre *“i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria”*.

Occorre subito segnalare che, malgrado il riferimento testuale al cittadino, la Consulta ha confermato l'estensione delle prestazioni assistenziali anche agli stranieri [\[40\]](#).

Sul piano legislativo, l'art. 41 TUI, invece, stabilisce che *“gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti”*.

Tale disposizione ha subito modifiche incisive.

L'art. 80 della legge finanziaria 23 dicembre 2000, n. 388, ha investito la suddetta disposizione, accordando agli stranieri titolari di carta di soggiorno l'assegno sociale e le provvidenze economiche costituenti diritti soggettivi in base alla legislazione corrente in materia di servizi sociali.

La Corte ha dichiarato parzialmente illegittimo in ordine prima all'indennità di accompagnamento [\[41\]](#) e in seguito alla pensione di inabilità [\[42\]](#).

Tali decisioni avallano la tesi sostenuta in precedenza da una parte della dottrina, nonché la prevalenza attribuita al criterio connesso alla condizione soggettiva di svantaggio rispetto al possesso dello *status* di cittadino [\[43\]](#).

L'art. 38, comma 3, Cost. prescrive che gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale.

Con riguardo all'avviamento degli inabili, si ricorda la rinomata sentenza 30 dicembre 1998, n. 454, con la quale è stato statuito il diritto dei lavoratori extracomunitari a

conseguire l'iscrizione nell'elenco degli invalidi civili disoccupati che ambiscono al collocamento obbligatorio.

Essi beneficiano di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani anche a riguardo dell'educazione.

Come la precedente, anche la prestazione in esame rientra nell'ambito di applicazione della legge finanziaria n. 388/2000, essendo ammessa solo agli stranieri in possesso del permesso di soggiorno.

Come noto, il TUI accorda al lavoratore straniero particolare considerazione, essendo la via principale di ingresso sul territorio nazionale.

Al contempo, la Consulta ha dichiarato che i lavoratori extracomunitari, autorizzati al lavoro subordinato, beneficiano di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani[44].

A tale proposito, occorre precisare che la perdita del posto di lavoro non costituisce motivo per sottrarre al lavoratore straniero e a suoi familiari il permesso di soggiorno.

Una differenza di trattamento tra lavoratore straniero e lavoratore italiano emerge in ordine alle condizioni lavorative.

Stando all'art. 36 Cost., il lavoratore straniero ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del suo lavoro e sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa, oltre che al riposo settimanale e alle ferie retribuite.

Di conseguenza, al lavoratore extracomunitario devono applicarsi le garanzie sancite dalla legge n. 300/1970 (c.d. Statuto dei lavoratori), tra cui il divieto di compiere atti che possano produrre danni e svantaggi al lavoratore.

Sotto il profilo previdenziale, i lavoratori stranieri che espletano una regolare attività lavorativa possono ottenere, con il versamento di contributi all'INPS le stesse prestazioni previdenziali stabilite per i lavoratori italiani[45].

Tale realtà vale solo per gli stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio. I lavoratori extracomunitari privi di permesso di soggiorno restano invece emarginati dal sistema delle tutele previdenziali.

Sebbene non sia menzionato nella Costituzione, la Consulta ha affermato che il diritto all'abitazione rientra *“fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione”*.

Essa, altresì, evidenzia il dovere della collettività intera *“di impedire che le persone*

possano rimanere prive di abitazione”[46].

La garanzia di tale diritto però ha causato taluni problemi di concorrenza con i cittadini italiani, specialmente a riguardo degli alloggi di edilizia residenziale pubblica.

La disponibilità di un alloggio costituisce il presupposto per poter ricomporre, sul territorio nazionale, i legami affettivi con i propri familiari.

Tuttavia, lo straniero richiedente il ricongiungimento familiare deve dimostrare la disponibilità di un alloggio compatibile con i requisiti igienico-sanitari[47].

In tale quadro, dunque, affiora come quello all’abitazione sia ancora un diritto instabile e suscettibile di vari condizionamenti, soprattutto se affrontato in relazione alla figura dello straniero.

4.1. Lo scenario europeo ed internazionale

Le fonti internazionali che influenzano la condizione giuridica dello straniero a proposito dei diritti sociali sono molteplici.

L’art. 10, comma 2, Cost. prevede che tale condizione sia regolata dalla legge in conformità alle norme e ai trattati internazionali. In tale ottica, il diritto dell’Unione europea disciplina, direttamente o indirettamente, taluni profili della condizione giuridica dello straniero.

In tale senso, una parte della dottrina[48] ha segnalato l’esigenza di potenziare la dimensione sociale europea, in modo tale *“da porre al centro del dibattito politico e dell’attenzione del legislatore sovranazionale l’obiettivo della piena occupazione, in correlazione con la crescita economica, il futuro dell’istruzione e della cultura, il progresso sociale, la qualità dell’ambiente, la tutela della salute in altre parole, migliorare le condizioni di vita dei cittadini”*.

La salute, unico diritto ad essere identificato dalla Costituzione come “inviolabile” trova margine in svariate fonti internazionali.

La Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite, stabilisce che *“ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio della e della sua famiglia, con particolare riguardo all’alimentazione, al vestiario, all’abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari; ed ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in altro caso di perdita di mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà”* (art. 25).

In tale dichiarazione, dunque, il diritto alla salute è inteso in senso ampio.

Sulla stessa lunghezza d'onda, si pone l'art. 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 (*“Gli Stati Parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire”*).

Sul piano europeo, la Carta sociale del 1996 prescrive, nella prima parte, che *“ogni persona ha diritto di usufruire di tutte le misure che le consentano di godere del miglior stato di salute ottenibile”* [49].

Con particolare riferimento a tale categoria di soggetti, la Convenzione europea sullo *status* dei lavoratori migranti prevede che *“ciascuna Parte Contraente si impegna ad accordare nel proprio territorio ai lavoratori migranti e ai loro familiari, residenti regolarmente nel proprio territorio, la stessa assistenza sociale e medica riservata per i propri nazionali, e ciò in conformità agli obblighi assunti con accordi internazionali ed in particolare con la Convenzione Europea di assistenza sociale e medica del 1953”* (art. 19).

La Convenzione ONU sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990 accorda agli stranieri irregolari *“il diritto a ricevere le cure mediche urgentemente necessarie per preservare la loro vita o per evitare un danno irreparabile alla loro salute, sulla base del principio di uguaglianza di trattamento con i cittadini nazionali dello Stato interessato”*.

In ordine al minore straniero, la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 prevede che lo Stato debba riconoscere a tale figura il diritto di godere *“del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione”* (art. 24)[50]; essa è richiamata dal TUI (artt. 34 e 35).

In ambito europeo, la direttiva 2004/86[51] costituisce una delle poche eccezioni coinvolgenti il tema trattato; essa si caratterizza per non richiedere al rifugiato un'assicurazione medica per sé stesso e per i propri familiari. In tema di assistenza sociale, la già menzionata Dichiarazione universale dei diritti umani riconosce ad ogni individuo (e dunque anche allo straniero) *“il diritto alla sicurezza sociale, nonché alla realizzazione attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità”*.

L'estesa dimensione del diritto sopracitato trova dapprima conferma nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (*“Gli Stati Parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo alla sicurezza sociale, ivi comprese le assicurazioni sociali”*), e successivamente, nella Carta sociale europea (*“Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad usufruire dei servizi sociali, le Parti s'impegnano: ad incentivare o*

organizzare i servizi che utilizzano i metodi specifici del servizio sociale e che contribuiscono al benessere ed allo sviluppo degli individui e dei gruppi nella comunità nonché al loro adattamento all'ambiente sociale; ad incentivare la partecipazione di individui e di organizzazioni di volontariato o di altre entità alla creazione o al mantenimento di questi servizi").

La Convenzione OIL n. 97/1949, all'art. 6, assicura ai lavoratori immigrati un trattamento non meno favorevole di quello applicato dagli Stati ai propri cittadini in materia di assicurazione sociale, invocando *"le disposizioni legali contro gli infortuni sul lavoro, le malattie professionali, la maternità, la malattia, la vecchiaia e la morte, la disoccupazione e gli obblighi familiari, nonché contro qualsiasi altro rischio che, in conformità alla legislazione nazionale, sia coperto da un sistema di assicurazione sociale"* [52].

La Convenzione ONU sui diritti del fanciullo accorda allo Stato il compito di riconoscere a tale soggetto *"il diritto di beneficiare della sicurezza sociale, compresa la previdenza sociale"*.

In materia di assistenza sociale, la normativa europea risulta modesta.

La direttiva 2003/109 riconosce agli immigrati residenti per un lungo periodo la parità di trattamento con i cittadini nazionali circa *"le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale"*.

Un ampio spazio è riservato ai lavoratori immigrati dal regolamento n. 859/2003, che estende le previsioni dei regolamenti (CEE) nn. 1408/71 [53] e 574/72 ai cittadini di Paesi terzi, ove esse non siano applicate in ragione della nazionalità.

I suddetti regolamenti definiscono l'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori e ai loro familiari, sancendo parità di trattamento con i cittadini nei settori di sicurezza sociali inerenti: le prestazioni di malattia e di maternità; le prestazioni d'invalidità; le prestazioni di vecchiaia; le prestazioni ai superstiti; le prestazioni per infortunio sul lavoro e malattie professionali; gli assegni in caso di morte; le prestazioni di disoccupazione; le prestazioni familiari.

Il diritto internazionale garantisce il diritto all'istruzione del minore straniero, a partire dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo.

Quest'ultima, all'art. 28, prevede che gli Stati membri debbano compiere una serie di interventi volti ad attuare il diritto in esame [54].

In tale contesto, merita menzione anche la Convenzione ONU sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, la quale sancisce il diritto dei figli dei lavoratori immigrati in

condizioni di parità con i cittadini statali, precisando anche che *“l’accesso alle istituzioni educative pubbliche prescolastiche o alle scuole non deve essere rifiutato o limitato a causa di situazioni irregolari rispetto alla permanenza o all’assunzione dei genitori o a causa dell’irregolarità della permanenza del bambino nello Stato di arrivo”*.

Nello scenario europeo, il diritto all’istruzione trova accoglimento nella direttiva 2003/109, la quale prevede la parità di trattamento con i cittadini degli Stati membri; tuttavia, quest’ultimi possono sempre *“esigere una prova del possesso delle adeguate conoscenze linguistiche per l’accesso all’istruzione e alla formazione”*.

Più ampia è la portata della direttiva 2004/83, in virtù della quale gli Stati sono chiamati ad offrire *“il pieno accesso al sistema scolastico, secondo le stesse modalità previste per i loro cittadini, a tutti i minori beneficiari dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria”*.

Con riguardo al diritto di abitazione, la parità di trattamento tra il “non cittadino” e il cittadino dello Stato membro trova margine nella Convenzione OIL sui lavoratori migranti (art. 6); essa, poi, è ripresa dalla Convenzione europea sullo *status* giuridico dei lavoratori migranti, nella quale affiora il termine “affitti” (art. 13).

In materia di lavoro, sussistono numerose fonti internazionali volte a tutelare la posizione dello straniero.

Sotto il profilo della retribuzione, si rimembra la Convenzione Generale dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro (1962), la quale persegue uno scopo antidiscriminatorio.

La suddetta Convenzione prevede che i tassi di salario debbano essere fissati in conformità del principio *“a lavoro uguale salario uguale”*, in uno stesso processo produttivo e in una stessa impresa; essa, altresì, invita a predisporre ogni misura pratica tesa a mitigare le differenze retributive derivanti dalle discriminazioni e a innalzare i trattamenti economici più modesti^[55].

Di spessore è la previsione contenuta nell’art. 6 della Convenzione OIL del 1949, la quale sollecita ciascuno Stato ad applicare senza discriminazione di nazionalità, razza, religione o sesso, ai lavoratori immigrati che si trovano legalmente sul suo territorio, un trattamento che non sia meno favorevole di quello che esso applica ai propri cittadini in determinate materie, tra cui la remunerazione.

La Convenzione europea sullo *status* giuridico dei lavoratori migranti introduce la parità di trattamento anche in materia di prevenzione dagli incidenti sul lavoro e dalle malattie professionali (art. 20).

A differenza delle fonti internazionali, quelle europee considerano il lavoratore immigrato irregolarmente presente sul territorio.

La direttiva 2009/52/CE[56], infatti, stabilisce sanzioni e provvedimenti verso i datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi aventi soggiorno irregolare[57].

La direttiva in questione persegue un nobile intento, nonché prevenire le assunzioni illegali.

Tuttavia, una parte della dottrina valuta essa come una “mancata conquista”, poiché *“esemplifica il procedere europeo faticoso e lento, per “piccoli passi”, sulla materia dell’immigrazione per motivi lavorativi”*[58].

5. I diritti politici dello straniero

Stando ad una corrente di pensiero[59], i diritti politici *“non valgono naturalmente per gli stranieri, poiché altrimenti cesserebbe l’unità e la comunità politica e cadrebbe il presupposto essenziale dell’esistenza politica, la possibilità di distinzione tra amico e nemico”*.

I diritti politici, identificati dal Giudice delle Leggi come diritti fondamentali e inviolabili[60], incorrono nella cruciale distinzione tra cittadino e non cittadino.

Occorre segnalare che, nel corso del tempo, la categoria dei diritti politici ha subito un ampliamento, in ragione dell’aggiunta di forme della libertà di associazione, di riunione, di manifestazione del pensiero e degli istituti di partecipazione.

Alla luce di ciò, appare necessario chiedersi se ciascun diritto sia estendibile anche ai *“non cittadini”*.

Tale posizione è stata parzialmente superata dalla Consulta, la quale ha ammesso l’estensione di taluni diritti ai *“non cittadini”*.

Con riguardo al dovere di difesa della Patria, la Corte costituzionale[61] ha dichiarato che

“l’esistenza, per i cittadini, di un dovere così espresso costituzionalmente, non comporta però, per sé sola, l’esclusione della possibilità che una legge ordinaria imponga anche a soggetti non cittadini, o addirittura stranieri, in particolari condizioni la prestazione del servizio militare”.

A livello costituzionale, la categoria dei diritti politici non è composta solo dai diritti racchiusi nel Titolo IV della prima parte, ma anche quei diritti definiti di *“partecipazione politica”* e dai diritti politici in senso lato.

A tal proposito, una parte della dottrina ritiene opportuno trascendere dalla distinzione tra i diritti politici in senso stretto e quella dei di altri diritti (civili e sociale), al fine di considerare l'insieme delle situazioni giuridiche soggettive inerenti ad alcuni diritti di libertà quali componenti di uno *“statuto di appartenenza ad una comunità”* di un individuo[62].

È fondamentale evidenziare che i diritti di partecipazione sono stati ricondotti spesso nell'ambito dei diritti politici; tale approccio però non tiene conto del fatto che l'art. 3, comma 2, Cost. intende la partecipazione non solo in senso politico, ma anche economico e sociale.

Di particolare rilievo è il rapporto tra partecipazione e diritti sociali.

Come osservato in dottrina, i primi condividono con i secondi un aspetto strutturale: in tale contesto, l'effettività non è condizione *“ulteriore di un diritto che già di per sé può esistere giuridicamente, ma è condizione di esistenza stessa del diritto”*[63].

Data l'impossibilità di riconoscere ai diritti sociali una funzione servente rispetto a quella dei diritti di partecipazione (si imputerebbe infatti a quest'ultimi un ventaglio di pretese di diverso contenuto ed intensità), una parte della dottrina accorda all'espressione *“diritti di partecipazione”* una portata più simbolica che esplicativa, in quanto riferita a situazioni soggettive cui non sembra potersi riconoscere autonomia strutturale rispetto ai diritti di libertà, ai diritti politici ed ai diritti sociali[64].

Del resto, i relatori all'Assemblea costituente del vigente Titolo V risaltarono come i diritti politici fossero *“corollario e presupposto insieme delle libertà civili e delle libertà sociali” nell'ambito del principio democratico*.

Come già enunciato, la titolarità dei diritti è condizionata all'acquisto della cittadinanza.

Verso la fine degli anni '90, con il progetto di legge Turco-Napolitano, si è sviluppato un dibattito politico su tale tema.

Il disegno di legge, infatti, estendeva l'elettorato amministrativo (attivo e passivo) allo straniero titolare di carta di soggiorno; tuttavia, l'articolo recante la relativa previsione è stato stralciato, preferendo la via della riforma costituzionale.

Allo stato attuale, il TUI non contempla diritti politici; un'eccezione è rappresentata dall'art. 2, comma 4, secondo il quale *“lo straniero regolarmente soggiornante partecipa alla vita pubblica locale”*, principio inerente allo straniero lungo-soggiornante.

La dottrina si è interrogata soprattutto sull'ammissibilità costituzionale del diritto di voto allo straniero. In tale senso, una corrente di pensiero ha sostenuto il riconoscimento del solo

voto amministrativo[65].

Un'ulteriore voce, invece, ha osservato che, laddove la legge accordasse i diritti politici allo straniero, incorrerebbe in illegittimità costituzionale[66].

Il primo approccio trova supporto nel concetto di sovranità.

Le assemblee elettive comunali e provinciali non dispongono dello strumento della legge (atto espressivo della sovranità); di conseguenza, ad esse gli stranieri residenti potrebbero accedere.

Tale ragionamento però risulta ambiguo.

Come infatti riportato da una corrente di pensiero[67], ente “non sovrano” è anche la Regione, malgrado disponga dello strumento sovrano per antonomasia, ossia la legge.

La suddetta vaghezza potrebbe essere superata rivedendo il concetto di sovranità, da intendersi non più come sovranità del popolo, bensì come sovranità dei soggetti titolari di diritti fondamentali[68].

In dottrina, vi è anche chi ha comprovato[69] la non illegittimità del riconoscimento del diritto di voto agli stranieri su di un argomento significativo: la sussistenza di una competenza legislativa statale in tema di cittadinanza.

Entrando nello specifico, tenuto conto dell'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nel delineare i presupposti ed i procedimenti di acquisto della cittadinanza, non potrebbe essere ritenuta illegittima una legge che riconoscesse la cittadinanza, salvo il diritto di rifiuto, a tutti gli stranieri regolarmente residenti da un certo periodo di tempo.

In termini critici, si potrebbe affermare che l'esclusione degli stranieri dall'elettorato sia funzionale a proteggere la vita politica del Paese dall'intromissione di Paesi esteri, nonché dall'invasione di persone estranee alla comunità del popolo, le quali potrebbero trovarsi in situazioni di potenziale conflitto di fedeltà tra il Paese d'origine ed il Paese ospitante[70].

Tale impostazione trova il favore di chi ritiene che l'elettorato non possa essere separato da possesso della cittadinanza; essi, altresì, intravedono nell'allargamento dei presupposti per l'acquisto della cittadinanza la via ottimale di integrazione politica dei “non cittadini”.

A tale proposito, appare opportuno evidenziare che le due vie di integrazione non sono, tra loro, necessariamente alternative[71].

In definitiva, se la Costituzione scinde il cittadino dallo straniero, e al contempo, promuove l'integrazione politica del secondo, il percorso di riconoscimento dei diritti politici rimane

fermo.

Per tale motivo, occorre un impegno culturale, una particolare attenzione ai diritti politici dello straniero, tema che in ulteriori realtà non desta scalpore.

6. La tutela dello straniero ai tempi dell'emergenza sanitaria da Covid-19

L'iniziale gestione della pandemia da parte degli Stati dell'Unione europea è avvenuta in maniera asincrona, sia rispetto all'adozione delle misure interne di contenimento, sia nella predisposizione delle limitazioni all'ingresso di stranieri nel rispettivo territorio.

Alla luce di ciò, la Commissione[72] ha invitato il Consiglio europeo, per mezzo dei Capi di Stato o di Governo degli Stati membri, a frenare provvisoriamente i viaggi non essenziali da Paesi terzi verso l'area UE.

Con l'intento di procedere in forma unitaria, l'UE ha messo a punto delle Linee guida, in modo tale da consentire agli Stati di precludere l'accesso agli stranieri in presenza di determinati sintomi.

Nella conseguente Comunicazione[73], la Commissione ha chiarito che la restrizione dei viaggi non essenziali non dovrebbe applicarsi ai soggetti aventi esigenze significative.

L'atteggiamento dell'UE è mutato *in toto* nella seconda fase dell'emergenza sanitaria: il Consiglio europeo ha dapprima revocato le misure restrittive sui viaggi non essenziali verso la zona europea; in seguito, è stata adottata la discussa Raccomandazione sulla soppressione graduale delle restrizioni temporanee sui viaggi non essenziali[74].

Dal quadro appena delineato emerge che le misure drastiche di contenimento del contagio adottate dall'UE hanno avuto un notevole impatto sui diritti degli stranieri, sollevando molteplici critiche.

Occorre precisare che nel corso dell'emergenza sanitaria sono emerse problematiche di varia natura, e dunque, non soltanto attinenti all'ingresso di "non cittadini" nell'area UE.

La pandemia, infatti, ha aggravato la condizione giuridica (ed umana) degli stranieri presenti sul territorio privi di permesso di soggiorno. In Italia, la regolarizzazione[75] dei cittadini stranieri è avvenuta a distanza di due mesi dal *lockdown*, perseguendo uno scopo diverso da quello prospettato: difendere le esigenze del mercato.

Diversamente, il Portogallo ha provveduto a adottare specifiche nei confronti di coloro che avevano presentato domanda di soggiorno o di asilo; la *ratio* di tali misure deve essere individuata nella difesa della salute e della sicurezza collettiva dei migranti.

Dal confronto tra le due realtà europee emerge la scarsa attenzione rivolta dallo Stato italiano nei riguardi dei soggetti più vulnerabili.

L'emergenza sanitaria potrebbe rappresentare l'occasione per regolarizzare la situazione degli stranieri irregolarmente soggiornanti.

In dottrina, vi è chi intravede nella pandemia una valida opportunità per regolarizzare la situazione irregolare degli stranieri attraverso il rilascio del permesso di soggiorno per calamità[76], già ammesso dall'art. 20-bis[77] del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

Tale permesso consente l'accesso regolare al lavoro e l'iscrizione al servizio sanitario nazionale per un breve periodo (sei mesi), con la possibilità di rinnovo (altri sei mesi).

La peculiarità del suddetto rimedio consiste nella mancanza di un procedimento amministrativo; di conseguenza, i presupposti sono tutti effettivi facilmente verificabili.

Esso presenta un unico punto debole: la non rinnovabilità dopo dodici mesi e la non convertibilità in un permesso di soggiorno per lavoro.

Tuttavia, come sostenuto dalla medesima dottrina, il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di calamità produce all'istante effetti positivi, mentre quelli negativi si verificano decorsi sei mesi; in tale lasso di tempo, si potrebbe intervenire tramite la convertibilità del lavoro alla scadenza del permesso di soggiorno per calamità.

La pandemia, poi, ha posto il serio problema dei flussi internazionali di movimento come eventuale minaccia alla salute della popolazione autoctona[78].

In tale contesto, trova spazio la delicata vicenda del Presidente della Regione Sicilia che, con l'urgente ordinanza del 22 agosto 2020, n. 33, ha disposto lo sfratto degli *hotspot* e Centri di accoglienza ed il divieto di ingresso, transito e sosta sulla Regione da parte dei migranti, al fine di tutelare la salute e l'incolumità pubblica.

Il TAR siciliano ha sospeso le misure sopraindicate, evidenziando l'assenza di un aggravamento del rischio sanitario legato alla propagazione del Covid-19 per la popolazione locale, quale conseguenza del fenomeno migratorio.

Una volta cessato lo stato di emergenza, l'Unione europea sarà chiamata a risolvere le drammatiche criticità contemporanee.

7. Rilievi conclusivi

Il quadro appena delineato è foriero di spunti. In un ordinamento giuridico fondato sulla democrazia pluralista, la condizione dello straniero non potrebbe limitarsi al criterio della

cittadinanza.

L'adesione di tale tesi porterebbe a valutare l'inserimento della categoria in esame come un dovere.

La trasformazione dell'idea di integrazione assume rilevanza non solo sul piano politico, sociale ed economico; essa, infatti, si traduce in un rallentamento del percorso orientato alla cittadinanza.

Come evidenziato da una corrente di pensiero^[79], le barriere incontrate dagli stranieri *“non precludono soltanto l'esercizio di diritti ma impediscono anche il passaggio di status, ossia la transizione dalla condizione di straniero a quella di membro in senso pieno della comunità”*.

Tuttavia, le difficoltà di accesso alla cittadinanza dipendono dalla mutevole e precaria condizione giuridica dello straniero.

L'inerzia del legislatore potrebbe essere giustificata dal silenzio della Costituzione.

Quest'ultima non offre una definizione puntuale del termine “straniero”, ma rimanda a quello opposto di “cittadino”.

Tuttavia, entrambi rientrano nel concetto indefinito di “popolo”.

Una parte della dottrina^[80] motiva tale realtà ricordando che la Costituzione è un processo, poiché soggetta ad un continuo rinnovamento semantico, dovuto ai mutamenti politici e sociali.

Le norme costituzionali che ineriscono la condizione giuridica degli stranieri non sono agevolmente componibili in uno schema unitario.

Come osservato in dottrina^[81], dalla lettura di tali disposizioni non affiora un'idea puntuale dei Padri Costituenti in ordine alla disciplina costituzionale degli stranieri; emerge, piuttosto, l'acceso contrasto tra grandi tradizioni giuridico-filosofiche: la concezione universalistica dei diritti, volta a riconoscere un insieme di pretese originarie direttamente in capo alla persona umana; la concezione stato-centrica, volta ad accordare la titolarità di taluni diritti costituzionali ai soli cittadini; la concezione internazionalistica dell'ordinamento costituzionale, incline a rilevare nell'ordinamento internazionale la sede normativa dello straniero.

Sebbene l'intento di chi scrive sia quello di esaltare la parziale attuazione dei diritti dello straniero, merita di essere segnalato il valido contributo offerto dalle Corti costituzionali in ordine alla condizione giuridica dello straniero.

Tenuto conto della quiete costituzionale, il legislatore è chiamato a definire determinate questioni, come il riconoscimento dei diritti politici e la regolarizzazione degli stranieri non soggiornanti.

Tuttavia, la quiete costituzionale – a giudizio di chi scrive – è solo apparente.

In realtà, i Costituenti hanno lasciato in eredità un testo normativo pregevole, al fine di consentire alle generazioni future di costruire una società aperta, dinamica ed inclusiva[82]