

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA CAMPANIA *LUIGI VANVITELLI*
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE

ANNALI

2021

Direzione

Antimo CESARO
Francesco Eriberto D'IPPOLITO

Comitato scientifico

Domenico AMIRANTE
Ida CARACCILO
Enrica CARBONE
Francesca CARIMINI
Antimo CESARO
Giuseppe CIRILLO
Francesco Eriberto D'IPPOLITO
Gianpaolo FERRAIOLI
Alberto INCOLLINGO
Gian Maria PICCINELLI
Domenico SARNO
Antonio SCIAUDONE

Comitato di redazione

Responsabile: Elvira FALIVENE

Cinzia CILENTO
Adriano COZZOLINO
Micaela DI GIORGIO
Giuseppe GUARINO
Valentina MARANO
Giuseppe MASCHERETTI
Chiara SARGIOTTA
Gioia SCALA
Rosa SCHIOPPA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA CAMPANIA
LUIGI VANVITELLI

ANNALI
2021



Edizioni Scientifiche Italiane

Annali del Dipartimento di Scienze Politiche
Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*, 2021
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2021
pp. 302; 24 cm
ISBN 978-88-495-4832-7

© 2021 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Indice

ANTIMO CESARO, FRANCESCO ERIBERTO D'IPPOLITO, *In limine* 9

Area Giuridico-Economica

FRANCESCA CARIMINI
Trattamento dei dati sanitari nell'emergenza Covid-19: osservazioni in tema di diritto alla riservatezza 13

GENNARO ROTONDO
Forme di coordinamento online dell'operatività di mercato e di intermediazione finanziaria nel contesto post-pandemico: un reale cambio di paradigma? 31

DOMENICO GIOVANNI RUGGIERO
«I panni sporchi si lavano... in casa»: un'infelice applicazione dell'art. 1218 c.c. 47

Interventi

MAURO PINTO
Osservazioni in tema di politiche attive del lavoro e Activation: un'introduzione 63

VALENTINA MARANO
L'uso di poteri speciali: realtà o illusione per la crescita del Paese? 77

FABIO ZAMBARDINO
Informazioni inesatte del prospetto informativo e responsabilità della Consob 89

CARMEN FIORE
L'equity-based crowdfunding: un canale di finanziamento alternativo per le start-up innovative 103

DANIELE GALLO
L'imposta sulle società nell'era della globalizzazione tra concorrenza fiscale dannosa ed equità sociale 119

Area Socio-Politologica e della Comunicazione

ADRIANO COZZOLINO
Pandemia e tecnocrazia. Il caso della governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza 143

Interventi

PIERGIUSEPPE BASILE
L'incidenza della territorialità negli affidamenti per l'erogazione dei servizi sociali 159

GIOIA SCALA
La localizzazione come forma di adattamento linguistico-culturale 181

GIUSEPPE MASCHERETTI
Dalla subalternità alla predominanza sull'uomo. Note sulle origini e gli sviluppi della tecnica 193

Area Storico-Linguistico-Letteraria

ELVIRA FALIVENE
I 'preamboli' delle Costituzioni nella post-dittatura: strutture discorsive dei casi spagnolo e argentino 205

AMALIA FRANCIOSI
«Ex iure quiritium meum esse aio». Nota minima in tema di mancipatio 219

<i>Indice</i>	7
<i>Interventi</i>	
GIUSEPPE GUARINO <i>La Spagna e la crisi d'Ungheria del 1956</i>	233
ANGELA ROMBIOLO <i>La giurisdizione penale e il principio di legalità: il dibattito tra Ottocento e Novecento</i>	251
MARTINA CAPODANNO <i>Delitto politico?</i>	269
MARIA TERESA FRANCO <i>Ricostruzione del fenomeno delle dittature militari nel Cono Sud attraverso le diverse interpretazioni storiografiche</i>	285

In limine

Gli *Annali* che qui si presentano – antico e classico genere di pubblicazione periodica – rappresentano un progetto scientifico del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania “Luigi Vanvitelli”. Essi hanno l'ambizione di porsi come uno dei mezzi più utili a dimostrare la vitalità scientifica dell'Istituzione accademica favorendo – con la pubblicazione di un volume annuale – la qualificata collocazione editoriale di saggi, ricerche e originali interventi non solo del personale docente, ma anche di cultori di materia, dottorandi e neo-laureati particolarmente meritevoli e talentuosi. I contributi pubblicati da questi ultimi – in particolare – rappresentano la più significativa testimonianza della capacità di coniugare didattica e studio, in un circolo virtuoso in cui l'insegnamento di qualità stimola la ricerca e, quest'ultima, offre continuo e innovativo sostegno alla didattica concorrendo anche ad animare un dibattito intergenerazionale. Proprio per questo, accanto ad un *Comitato scientifico* composto da tutti i professori ordinari del Dipartimento (che affideranno di volta in volta a qualificati studiosi le attività di referaggio), si è voluto comporre un *Comitato di redazione* affidandosi a giovanissime leve dell'Accademia, nella speranza di una positiva contaminazione di saperi e linguaggi favorita dall'affiancamento di consolidate esperienze scientifiche con l'entusiasmo contagioso di giovani studiosi.

Inoltre, già a partire da questo primo numero si sono voluti accostare, in un'armonica combinazione, contributi tradizionali e studi innovativi (talvolta non facilmente collocabili in confini disciplinari rigidi); e ciò come tangibile testimonianza di una *varietas* prodotta da diverse prospettive scientifiche e di ricerca, coltivate in un ambiente accademico giovane, multidisciplinare e particolarmente dinamico.

L'eterogeneità dei temi trattati, suddivisi in tre principali aree tematiche (*socio-politologica e della comunicazione, giuridico-econo-*

mica e storico-linguistico-letteraria) rispecchia le molteplici anime e i diversi approcci ermeneutici che contraddistinguono il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania che, fin dalla sua fondazione, nel 2005, coltiva una metodologia di ricerca che privilegia la interdisciplinarietà.

Si sottolinea, inoltre, il forte legame con il territorio su cui l'Università della Campania insiste con la sua realtà policentrica. Una peculiarità che, se da un lato, favorisce la naturale crescita e maturazione scientifica di giovani studiosi del territorio luogo, dall'altro, non impedisce il respiro e l'orientamento internazionale di una pubblicazione che dichiara – fin dal suo esordio – la vocazione ad emanciparsi da ogni logica localistica, favorendo un dibattito (auspicabilmente foriero di significative relazioni) trans-disciplinare e multi-lingue con docenti e studiosi di altre Università straniere ed italiane.

Anche per questi motivi gli *Annali* avranno una dimensione editoriale – agile e sperimentale – *on line* (grazie alla felice collaborazione con la casa editrice ESI – Edizioni Scientifiche Italiane) e in *open access*, garantendo la libera disponibilità degli studi e delle ricerche pubblicati.

Questi *Annali*, infine, hanno l'ambizione di rappresentare un esempio di promozione della cultura in un momento certo non facile per le Istituzioni accademiche e di ricerca. Scegliere il 2021 come anno di pubblicazione del primo numero vuole rappresentare anche una sfida: esprimere – con entusiasmo e concretezza – il desiderio di ripartire in un momento storico in cui anche la vivacità intellettuale sembra risentire degli effetti negativi di una crisi sanitaria che ha a lungo impedito relazioni *in presenza*: il ricevimento degli studenti, il dialogo con i tesisti, il dibattito tra colleghi, le attività seminariali e convegnistiche.

Proprio per questo si avverte la necessità di un sentito ringraziamento agli Autori e a tutti coloro che hanno risposto alla nostra richiesta di collaborazione, *in primis* i *referee* e i giovani e dinamici collaboratori del Comitato di redazione. È proprio il loro entusiasmo ad alimentare la speranza che questi *Annali* possano contribuire a stimolare ulteriormente il dibattito interdisciplinare del nostro Dipartimento di Scienze politiche e siano un ulteriore strumento di crescita per il perseguimento della nostra missione: *comporre i saperi per aprirsi con consapevolezza e senza timori alle sfide della complessità globale*.

ANTIMO CESARO – FRANCESCO ERIBERTO D'IPPOLITO

Area Giuridico-Economica

FRANCESCA CARIMINI

Trattamento dei dati sanitari nell'emergenza Covid-19: osservazioni in tema di diritto alla riservatezza

SOMMARIO: 1. Trattamento dati personali e panorama legislativo. – 2. Diritto alla salute del singolo e interesse della collettività. – 3. Trattamento dei dati e tutela dell'interessato: spunti di riflessione. – 4. *Green pass* e diritto alla riservatezza.

1. *Trattamento dati personali e panorama legislativo*

Il rapido dilagare dell'epidemia ha determinato l'adozione di una serie di misure governative, le quali, oltre ad incidere di necessità in maniera invasiva e pervasiva nella sfera personale ed esistenziale dei singoli soggetti, hanno sottoposto a dura prova l'economia del nostro Paese¹. Di particolare interesse, tra le altre, appaiono quelle relative al trattamento dei dati sanitari, le quali ripropongono l'annosa questione della dialettica continua tra diritto alla salute e tutela della *privacy*.

Ciò consente una riflessione responsabile sul diritto alla salute e, con esso, sul valore della persona umana; sì che il tentativo di individuarne l'esatta portata manifesta, ora più che mai, rinnovato rilievo e

¹ Le recenti misure introdotte dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, conv. con mod. nella l. 5 marzo 2020, n. 13 e quelle, via via più stringenti, disposte dai d.P.C.M. del 1° marzo 2020, del 4 marzo 2020, dell'8 marzo 2020 e, per l'intero territorio nazionale, dal d.P.C.M. del 9 marzo 2020 e dal d.P.C.M. dell'11 marzo 2020, con particolari restrizioni anche alla libertà di movimento delle persone fisiche e anche all'esercizio di numerose attività commerciali, nonché gli interventi previsti dal d.l. 8 marzo 2020, n. 11 sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, per contrastare il diffondersi del coronavirus in Italia. Sulla scelta di intervenire con lo strumento del d.P.C.M., che impatta sull'esercizio di diritti costituzionali, v., tra gli altri, in senso fortemente critico F.R. Trabucco, *Prime note al D.P.C.M. 8 marzo 2020: con l'emergenza Coronavirus la gerarchia delle fonti diventa un optional*, in www.lexitalia.it.

precisa attualità. Imprescindibile è la consapevolezza di dover oltrepassare l'aspetto puramente personalistico del diritto alla salute, per abbracciarne invece un'accezione maggiormente solidaristica; il bene salute è da collocare nel segno di una superficie meno individualistica sul presupposto che esso si sviluppa non soltanto lungo i binari delle tutele e diritti assoluti, ma altresì di doveri inderogabili di cooperazione. Oggi più che mai ogni decisione sulla salute, il cui fondamento riposa sul consenso libero ed informato, subisce l'effetto della forte e significativa compenetrazione tra libertà da un lato ed autorità dall'altro².

Da qualche anno ormai, nel panorama legislativo europeo, ha fatto ingresso il Regolamento sulla protezione dei dati personali³ (Regolamento UE 2016/679, comunemente indicato con l'acronimo GDPR), il quale fa espresso divieto del trattamento dei dati, ivi compresi quelli sanitari, che possano rivelare informazioni ed identificare una persona fisica (art. 9, paragrafo 1), pur individuando le condizioni di liceità del trattamento medesimo, quali il consenso espresso dell'interessato, necessità del trattamento in ambito lavorativo, l'aver reso personalmente pubblici i propri dati personali (art. 9, paragrafo 2).

Al riguardo, il Decreto Legislativo n. 101 del 2018⁴ all'art. 2^{sex-ties} ha ricompreso tutti i trattamenti che possono ritenersi effettuati per motivi di rilevante interesse pubblico.

In tutti gli altri casi, il trattamento dei dati sanitari deve sottostare al consenso dell'interessato, preceduto da idonea informativa;

² V., sotto il profilo indicato, le osservazioni di M. Noccelli, *Lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in www.federalismi.it

³ V., tra gli altri, A. Iuliani, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in «Europa e diritto privato», 2018, p. 293 ss.; L. Bolognini, E. Pelino e C. Bistolfi, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, a cura di G. Finocchiaro, Bologna, 2017; G. Finocchiaro (a cura di), *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in «Nuove leggi civ. comm.», 2017; F. Piraino, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in «Nuove leggi civ. comm.», 2017, p. 372 ss.

⁴ Al fine di consentire l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del reg. 2016/679 è stato adottato il d.lgs. 10.8.2018, n. 101 che non prevede più – come in una prima versione – l'abrogazione del d.lgs. 30.6.2003, n. 196 (Codice *privacy*) ma la sua novellazione, allo scopo di armonizzarne il testo al nuovo assetto normativo, abrogando le disposizioni contrastanti con il regolamento, introducendo di nuove, integrando e modificando le disposizioni compatibili con la disciplina europea.

diversamente risulta illecito. L'ultimo comma dell'articolo 2-*septies* del Codice *privacy* (decreto legislativo n. 196 del 2003, aggiornato al d.lgs 101/2018) ribadisce che i dati relativi alla salute delle persone non possono essere diffusi, né pubblicati.

La normativa or ora menzionata va letta, *alias* riletta, tenendo conto dello stato di emergenza, alla cui dichiarazione ha fatto séguito l'ordinanza della Protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630, che contemplava i primi interventi urgenti relativi «al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» in continuità con le misure urgenti peraltro già adottate dal Ministero della salute.

L'art. 5 della stessa, rubricato "Trattamento dati personali" ha normato una prima estensione del potere di effettuare attività di trattamento dei dati medesimi⁵, ed infatti dispone che «i soggetti operanti nel Servizio nazionale di protezione civile di cui agli articoli 4 e 13 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, nonché quelli individuati ai sensi dell'art. 1 della presente ordinanza, dunque dalle Forze dell'Ordine ai Comuni, compresi i soggetti privati autorizzati privati, che agiscono sulla base di specifiche direttive, potessero realizzare trattamenti ivi compresa la comunicazione tra loro, dei dati personali, anche relativi agli articoli 9 e 10 del Regolamento del Parlamento europeo 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE».

Di lì a poco il d.l. 9 marzo 2020, n. 14, recante *Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19*, ha ampliato ulteriormente il potere di trattamento dei dati personali anche "sensibili" e relativi a reati e condanne penali, a diversi soggetti pubblici e privati, laddove ciò possa essere ritenuto strettamente funzionale e indispensabile alla gestione epidemiologica e sia, ovviamente, legittimato a monte da specifici provvedimenti *ad hoc*. Nell'individuare una serie di soggetti deputati al trattamento dei dati, il Decreto si spinge anche oltre la comuni-

⁵ Al numero 2 specificava ulteriormente che come la comunicazione dei dati personali a soggetti pubblici e privati, diversi da quelli di cui al comma 1, nonché la diffusione dei dati personali diversi da quelli di cui agli articoli 9 e 10 del Regolamento del Parlamento europeo 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE fosse effettuata, nei casi in cui risultasse indispensabile, ai fini dello svolgimento delle attività di cui alla presente ordinanza.

cazione tra soggetti pubblici e privati diversi da quelli menzionati, stabilendo, al comma 2, che la comunicazione, nonché la diffusione dei dati personali differenti da quelli di cui agli artt. 9 e 10 del GDPR possa essere effettuata, a soggetti diversi, in quei casi in cui ciò risulti indispensabile ai fini dello svolgimento delle attività connesse alla gestione dell'emergenza sanitaria.

Il comma 4 dell'art. 14 della succitata fonte statuisce che, al fine di «contemperare le esigenze di gestione dell'emergenza sanitaria in atto con quella afferente alla salvaguardia della riservatezza degli interessati», è consentita l'adozione di modalità semplificate per conferire le autorizzazioni ai soggetti designati al trattamento (di cui all'articolo 2-*quaterdecies* del d.lgs. 196/2003) e di omettere l'informativa ex art. 13 GDPR o di fornire una informativa semplificata.

La scelta legislativa risulta essere condivisa dal Garante, a parere del quale l'emergenza rappresenta indubbiamente una *conditio iuris* legittimante limitazioni e deroghe rispetto alle libertà personali, ivi compresa la *privacy*, sempreché le suddette siano proporzionate e limitate rispetto all'emergenza medesima. Ciò, come specificato dall'Autorità Garante, trova una conferma ulteriore proprio nella legislazione comunitaria, le cui norme in tema di protezione dei dati personali non sembrano affatto ostacolare l'adozione di misure particolari volte a contrastare appunto la pandemia in atto.

2. *Diritto alla salute del singolo e interesse della collettività*

Il diritto alla salute interagisce con altrettanti diritti, nonché interessi legittimi, che, in quanto espressione dell'individuo, del suo essere persona, della sua dignità non possono né essere disattesi, né relegati *sic et simpliciter* in una posizione di subordine, non rispondente ad una *ratio* assiologicamente intesa.

In estrema sintesi i termini di comparazione sono rappresentati dalla salute (non soltanto del singolo ma dell'intera collettività), da un lato e dalla riservatezza, la *privacy*, dall'altro; questi due segmenti necessitano di essere valutati secondo una logica sistematica al fine di poter appurare l'interazione degli stessi rispetto al trattamento dei dati personali, il quale sembra impersonare una veste di primo rilievo nel tentativo di circoscrizione e contenimento della diffusione della pandemia.

Il confine tra il diritto alla riservatezza e la necessità di garantire la sicurezza (sanitaria) è evanescente e, per ciò stesso foriero di dibattiti mai sopiti. Emblematico ricordare, all'indomani della pandemia, le dichiarazioni di qualche sanitario sull'opportunità di pubblicare nomi e fotografie dei malati (quale unico strumento di arginazione del virus), nonché, addirittura, di abolire la legge sulla *privacy*.

Orbene partiamo da un paradigma di tutta evidenza: il diritto alla *privacy*, del quale si certifica la non assolutezza, necessita di essere bilanciato con ulteriori libertà e interessi pubblici di rango superiore; con riguardo al già menzionato binomio riservatezza/sicurezza, la tutela della salute – del singolo e della collettività – è destinata a risultare vincente, con l'effetto di un asservimento del trattamento dei dati personali rispetto alla realizzazione di valori dotati di una più incisiva valenza, *in primis* costituzionale, e, ad un tempo, di una consequenziale attenuazione del concetto stesso di ciò che risulta essere “privato”.

La salute, quale componente essenziale della persona va riguardata sotto molteplici punti di vista, i quali confluiscono nella sconfinata problematica usualmente racchiusa nell'espressione «diritto alla salute». Esso non può essere concepito quale neutro diritto sociale, in ossequio ad astratte concettualizzazioni per fortuna ormai desuete; al contrario va calato ed inserito nel contesto fattuale, nella consapevolezza che il bene “salute” è espressione di uno stato ottimale, di un benessere psico-fisico, degli aspetti relazionali tra soggetti, non statico, non soltanto individuale, bensì dinamicamente correlato al libero e sano sviluppo della persona umana. La salute costituisce un tutt'uno con la persona, intesa quale valore unitario, e seppure contemplata autonomamente a livello costituzionale (art. 32 Cost.), va considerata unitamente alla norma di cui all'art. 2 Cost., quale clausola generale di ordine pubblico costituzionale. Della salute vengono in rilievo aspetti plurimi, dal diritto al servizio sanitario, alla salubrità dell'ambiente, all'integrità fisica, a quella mentale; tuttavia, ciò non si traduce in una pluralità di diritti diversificati per contenuto e per disciplina: al contrario, per ciascuno dei profili e delle esigenze della persona, – che possono manifestarsi a seconda dei casi in chiave di diritto, di interesse legittimo, di potestà o ancora di aspettativa – va individuato un fondamento unico.

La salute non può essere declinata avendo riguardo unicamente alla situazione di vantaggio, e quindi alla nozione di diritto sog-

gettivo; l'art. 32 Cost., non a caso, recita che «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività». La corretta interpretazione della norma suggerisce una diversa prospettiva di valutazione di un eventuale "accesso" alla sfera personale e privata dei soggetti; la patente di legittimità di quest'ultimo sembra trovare fondamento non già nel diritto alla salute del singolo, bensì nella tutela della salute quale interesse collettivo da un lato, ed il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. dall'altro.

Esiste il diritto alla salute, del pari è configurabile un «dovere» alla salute; se è vero che essa è un bene personale e sociale, è evidente, allora, che la sua gestione richiede responsabilità personale e sociale, e ciò sotto un duplice profilo, etico e giuridico.

La prospettiva non è nuova; è in questa direzione, infatti, che vanno lette ad esempio le disposizioni relative all'obbligo vaccinale⁶, espressione di tutela della salute quale interesse collettivo oltre che di diritto individuale.

Le medesime considerazioni sono suscettibili di essere svolte anche con riferimento agli atti di disposizione del corpo (art. 5 Cod. civ.); l'esigenza di riconoscere al singolo una certa sfera di libertà di disporre del proprio corpo – che si giustifica in relazione al principio costituzionalmente garantito dell'incoercibile libertà del soggetto – non trascura tuttavia il limite alla suddetta disponibilità, che si esprime nella necessaria tutela dell'interesse individuale e collettivo alla salute, ossia di un valore psichico oltre che fisico, suscettibile di conservazione e di promozione.

Pure la legittimità dei trattamenti sanitari obbligatori (art. 32 cost.), eccezionalmente consentiti, in quanto diretti a garantire sia la salute del singolo, sia l'interesse di tutti i consociati, esprime la duplice valenza costituzionale della salute.

L'abbandono della logica squisitamente individualistica consente di sdrammatizzare l'apparente insanabile dicotomia tra tutela della salute e diritto alla riservatezza; la concezione della *privacy* quale baluardo insormontabile di difesa nei riguardi di un (pur necessitato) trattamento dei dati personali risulta, infatti, non conforme (se non

⁶ V., in argomento, D. Morana, *Diritto alla salute e vaccinazioni obbligatorie*, in www.dirittoesalute.it, 2017, con particolare riguardo al sistema di garanzie costituzionali che assiste la vaccinazione obbligatoria.

addirittura in contrasto) con la gerarchia dei principi e dei valori del sistema ordinamentale.

Il personalismo, di cui è pervasa la nostra Carta costituzionale, ci insegna che la persona è inseparabile dalla solidarietà; la cura dell'altro è inseparabile dal concetto di persona. La solidarietà, che sia spontanea o autoritativamente imposta, consente il passaggio dalla logica dell'«io» alla logica del «noi». L'art. 2, lungi dal tutelare l'individuo astratto emancipato dai concreti rapporti sociali, garantisce la persona concretamente e comunitariamente situata, esigendo, non a caso, l'inderogabile adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale. Tanto è sufficiente per affermare che il Costituente non ha inteso offrire tutela all'appagamento egoistico dei bisogni individuali. Pertanto, il diritto alla salute si salda con il principio di solidarietà in forza del quale ciascun individuo è tenuto a farsi carico anche della salute altrui, evitando di cagionarne una lesione con il proprio comportamento.

3. *Trattamento dei dati e tutela dell'interessato: spunti di riflessione*

In ossequio alla gerarchia dei valori, propria del nostro sistema ordinamentale, l'augurio è che l'emergenza, di là dalla contingenza di questa preoccupante crisi, possa, proprio in virtù della sua insita drammaticità, scuotere le coscienze e suggerire una riflessione sugli errori compiuti, sull'egocentrismo, sullo scarso senso del bene comune che ha sorretto le azioni e i comportamenti di ciascuno. Recuperare il vero concetto di salute, ed il contenuto di esso sganciato dal personalismo fine a sé stesso, esclusiva proiezione dell'individualismo, può essere di ausilio all'identificazione della *ratio* e del fondamento di misure costringitive della libertà, quali, tra le altre, quelle sul trattamento dei dati; sì che quella sensazione di intolleranza e di avversione possa cedere il passo ad una maturità a tutto tondo, cosciente della effettiva realtà fattuale.

La prospettiva indicata non può tuttavia trascurare alcune componenti significative, le quali hanno generato qualche dubbio e perplessità nei riguardi delle scelte dell'ultimo periodo.

Preliminarmente va detto che ad esasperare la questione contribuiscono anche taluni interventi normativi a livello comunitario – precedenti la diffusione della pandemia, e ai quali il Legislatore italiano si è adeguato –, dalla cui analisi emerge una differente modula-

zione del concetto stesso di *privacy*. Il riferimento è al già menzionato Regolamento UE 2016/679, il quale, se per taluni versi sembra segnare un implementamento del grado di tutela, per altri, tuttavia, offre la rappresentazione di un bilanciamento tra l'interesse della persona e quello alla circolazione, dove quest'ultimo prevale sulla tutela del primo. L'affermazione secondo la quale la protezione dei dati personali non è un diritto assoluto e deve essere considerato alla luce della sua funzione sociale suscita qualche preoccupazione; condivisibile, al riguardo, l'opinione di chi ha precisato che «per una sorta di eterogenesi dei fini la funzione sociale, introdotta per temperare la dimensione assolutistica della proprietà, finisce per diventare un volano dell'economia capitalistica in danno dei diritti della persona»⁷.

Ma v'è di più. Il ruolo attribuito al consenso ha subito un marcato ridimensionamento: da regola generale, oggi rappresenta una delle diverse condizioni di liceità previste. Significativo, altresì, il riferimento al legittimo interesse del titolare del trattamento quale base giuridica sostitutiva rispetto al consenso dell'interessato. Esso richiede un'attenta quanto prudente valutazione: stabilire in concreto cosa si intenda per "legittimo interesse" rappresenta la *conditio sine qua non* al fine di evitare che il ricorso ad esso possa consentire di aggirare la necessità del consenso, svuotandolo di significato.

Sulla base di queste premesse le preoccupazioni e gli allarmismi di quanti hanno dubitato, e dubitano ancora, della bontà delle misure emergenziali adottate dal Governo, assumono una luce diversa, non risultando del tutto privi di un fondamento giustificativo. È di tutta evidenza che la garanzia della salute (della collettività) debba prevalere a tutto campo rispetto all'interesse a non subire interferenze nella propria sfera privata; ciò nonostante non va sottovalutata la circostanza che il Legislatore, in questi ultimi anni, si è notevolmente sbilanciato accordando supremazia ad interessi (pure rilevanti), ma che poco hanno in comune con quelli della persona umana. L'ingresso di misure ulteriormente restrittive è avvenuto, ahimé, nel contesto di un panorama legislativo che segnatamente evidenzia un indirizzo poco sensibile rispetto alla tutela degli interessi non patrimoniali; la finalità perseguita dal Legislatore di creare un clima di ("eccessiva")

⁷ Testualmente, A. Iuliani, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, cit., p. 306.

fiducia con l'obiettivo di promuovere lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno ne è la prova. Da ciò hanno origine i timori che il trattamento dei dati, che oggi si giustifica in virtù della situazione cagionata dalla pandemia, possa, una volta cessato lo stato di emergenza, essere strumentalizzato per fini diversi.

Inoltre, la psicosi generata dal virus, che rappresenta il comune denominatore della maggior parte della collettività, alimenta ancor di più la diffidenza rispetto all'accesso ai dati sanitari, proprio per il timore della diffusione di notizie sul contagio, di certo (potenzialmente) lesiva della dignità della persona. Non va sottovalutata la circostanza che la paura dà vita a comportamenti irrazionali; né che sta prendendo piede una pericolosa caccia all'untore. Il limite che separa il senso civico dal bisogno di dare sembianza alle nostre paure è molto sottile; tuttavia altro è preservare la salute pubblica, altro è la discriminazione e l'isolamento dell'altro.

L'accordata tutela della persona in chiave di "valore" assegna a quest'ultimo una valenza che non concepisce limiti, salvo quelli posti nell'interesse della persona medesima e in quelli di altre persone. L'assunto suggerisce una riflessione su due questioni in particolare.

La prima concerne l'individuazione (laddove ciò sia consentito) del grado di prevalenza di un diritto rispetto ad un altro. Ora, ammessa la "supremazia" del diritto alla salute rispetto ad altri diritti, *in specie* la riservatezza, va da sé che l'adozione del sacrificio imposto per la tutela del primo – e necessitato da un pericolo attuale di danno grave alla persona –, deve essere sottoposto al vaglio di una serie di valutazioni; quali, la consistenza del pericolo; la sua "altrimenti evitabilità"; la proporzionalità del sacrificio rispetto al pericolo. Ed è proprio il tentativo di conoscere l'esatta entità del pericolo suddetto che sembra essere fallito, almeno in parte. La stessa comunità scientifica non è riuscita ad offrire soluzioni entro un margine significativo di certezza. V'è chi ha ritenuto che il Covid-19 altro non sia che una influenza stagionale, lievemente più severa; chi, ancora, ha parlato della necessità di una immunità di gregge; chi ha evidenziato l'elevato tasso di mortalità e chi ha reputato, invece, che la percentuale dei decessi sia di gran lunga inferiore in considerazione del numero totale dei contagiati; chi, scongiurando il pericolo, escludeva quasi con certezza una significativa diffusione del virus nel Paese e chi, in senso diametralmente opposto, ha rilevato la scarsa prudenza e la manca-

ta adozione di misure preventive. Ciò non deve destare stupore. Va considerato *in primis* che si è di fronte ad un virus nuovo, di cui non si conoscono l'evoluzione, le caratteristiche genetiche, le mutazioni, la stabilizzazione nella popolazione; *in secundis* la circostanza che la medicina non è una scienza esatta: fino a quando il fulcro principale dell'indagine medica resterà la clinica, cioè un'attività complessa, non riconducibile a un procedimento standardizzato su base matematica, sarà inevitabile che la medicina conservi una fondamentale ambivalenza divisa tra una base scientifica rigorosa e lo sviluppo di un'attività decisamente condizionata da una pluralità di variabili soggettive. Il contesto descritto origina dunque, sotto alcuni profili, la legittima *suspicio* che lo stato di emergenza si sia trasformata in un alibi per imporre ai cittadini forme di controllo pervasive ed antidemocratiche strumentalizzando, a tal fine, l'interpretazione del dato normativo.

La seconda riflessione investe il perimetro di azione nel cui ambito il Legislatore è legittimato ad intervenire. Il diritto alla salute è l'unico che il costituente ha definito come fondamentale; del pari esso, come evidenziato in precedenza, costituisce un tutt'uno con il valore della persona umana. Al riguardo va ricordata la formulazione in termini negativi dell'inciso dell'art. 32 Cost. secondo il quale le legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. L'aver posto un limite inderogabile a qualsivoglia intervento normativo in tema di sanità evoca inequivocabilmente la dignità umana, la quale non ammette alterazioni; il rispetto della persona umana e della sua dignità rappresenta un valore non suscettibile di bilanciamento. È questa la premessa dalla quale muovere talune osservazioni sulle misure adottate, e se esse effettivamente siano il prodotto di una corretta gestione della pandemia da parte dei pubblici poteri. Risulta condivisibile l'opinione di quanti ritengono apprezzabile la strategia messa in atto, sia perché fa leva sul principio di solidarietà, sia perché ancorata ad una corretta accezione del diritto alla salute; la consapevolezza che l'appartenenza ad una comunità debba prevalere sull'individualismo denota la meritevolezza dell'opzione, sganciata dalla logica inesorabile di calcoli matematici tra costi e benefici, come invece si è verificato in altri Paesi.

L'art. 32 cost. è espressione di una dimensione (anche pubblicistica) del bene salute, poiché annoda al diritto riconosciuto la sua corrispondenza all'interesse della collettività.

Questi due differenti profili del bene salute risultano essenziali ai fini dell'individuazione della sua esatta portata e del suo delinearci in senso orizzontale e verticale; ed altresì (ai fini) dell'attività ermeneutica, poiché di ausilio all'interprete che sarà tenuto ad una comparazione continua tra valori e diritti, tra diritti e interesse pubblico, in una prospettiva che deve realizzare il giusto temperamento tra differenti situazioni giuridiche. Se da un lato, nel bilanciamento tra valori da tutelare, l'accesso (e la conseguente diffusione) delle informazioni personali dei contagiati può apparire una scelta ragionevole, dall'altro occorre ponderarne in concreto l'effettivo beneficio; in altri termini se la diffusione dei dati personali (al fine del contenimento della diffusione del virus) comporti un significativo vantaggio da ritenersi prevalente rispetto alle conseguenze negative che dovrebbero subire i soggetti "passivi" del trattamento⁸. L'apodittico convincimento che la riduzione delle tutele apprestate ai portatori di contagio sia un male «necessario» nonché «minore» rispetto a quello cui è esposta la salute della collettività è tutto da dimostrare.

È indubbio che la normativa sulla protezione dei dati personali non possa costituire uno sbarramento rispetto alla prevenzione e al contrasto dell'epidemia, ma, contestualmente va chiarito che non è concepibile alcuna abdicazione rispetto alla tutela dei diritti fondamentali. Risposta affermativa, dunque, al trattamento, purché veicolato nel rispetto di regole e principi, quali proporzionalità e temporaneità. In altri termini, accanto alla «necessarietà», va evidenziata la «straordinarietà» delle limitazioni, le quali, altrimenti, non risulterebbero compatibili con l'assetto democratico dello Stato.

La nozione di «privacy» va calata nel contesto storico in cui si trova a vivere; la relativizzazione dei concetti insegna che non è sufficiente affermare che essa (*privacy*) è un diritto soggettivo *tout court*, occorre piuttosto ricercarne il contenuto, individuare i poteri del titolare, i limiti, le modalità di esercizio, e ciò nell'assetto socio-politico di riferimento. I medesimi concetti giuridici assumono contorni differenti, a volte addirittura opposti, a seconda del sistema giuridico, del momento storico, del contesto sociale, di quello politico, di quello

⁸ V., in tal senso, P. Micozzi, *Le tecnologie, la protezione dei dati e l'emergenza coronavirus: rapporto tra il possibile e il legalmente consentito*, in *www.biodiritto.org.*, 2020, p. 2 e *passim*.

economico, tanto da essere suscettibili di un mutamento sostanziale della loro stessa natura.

L'auspicio è che il solidarismo che ha orientato le scelte nel periodo dell'emergenza, continui ad essere costantemente guida di una politica di promozione della salute attraverso interventi di giustizia sociale, equità, non discriminazione in un'ottica di sostenibilità del Paese. La pandemia mostra che ognuno è esposto al rischio e può rappresentare un rischio per gli altri, ma insegna anche che non tutti siamo esposti al rischio allo stesso modo e che non abbiamo le stesse possibilità di proteggerci dal virus. La pandemia mette a rischio soprattutto la salute dei soggetti più deboli, di quanti vivono in condizioni disagiate, degli anziani, dei disabili, dei poveri. Fondamentale, dunque, costruire un tessuto sociale di cooperazione, mutuo sostegno e compartecipazione con l'obiettivo di evitare la diffusione della malattia, nonché consentire una appropriata gestione sanitaria e sociale dopo la pandemia⁹.

4. Green pass e diritto alla riservatezza

Qualche, seppur breve riflessione, va dedicata altresì alla recente normativa sul *green pass*. Com'è noto, il d.l. n. 127 del 2021 ha esteso l'obbligo di *green pass* a tutto il mondo del lavoro, pubblico e privato, a partire dal 15 ottobre e fino al 31 dicembre, data in cui cessa lo stato di emergenza. Il decreto specifica che la certificazione verde si applica «a tutti i soggetti che svolgono a qualsiasi titolo la propria attività lavorativa o di formazione o di volontariato presso le amministrazioni, anche sulla base di contratti esterni»¹⁰. La normativa in materia di trattamento dei dati personali, con specifico riguardo alla c.d. certificazione verde, ha sollevato non poche perplessità. Al

⁹ N. Denticò, *Salute, sono al pettine i nodi di un mondo malamente globalizzato, disuguale e con l'accumulo scriteriato di capitali*, in www.repubblica.it.

¹⁰ Il *green pass* diventa quindi obbligatorio per: - lavoratori della Pubblica amministrazione; - dipendenti delle aziende private grandi e piccole; - lavoratori autonomi; - baby sitter, colf e badanti; - titolari e dipendenti degli studi professionali (avvocati, commercialisti, consulenti del lavoro, architetti, ingegneri); - tutti i titolari di Partita Iva. L'obiettivo è quello di incrementare le vaccinazioni prima che, con l'arrivo dell'inverno, risalga la virulenza del nuovo coronavirus.

fine di fare chiarezza, si è espressa in merito l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali evidenziando alcune criticità alle quali i soggetti destinatari dei nuovi obblighi in materia di prevenzione del contagio da Covid-19 e del Regolamento europeo per la protezione dei dati devono ovviare per potersi ritenere conformi alle prescrizioni in essi contenute. L'art. 13, comma 5, del DPCM 17 giugno 2021, consente l'attività di verifica¹¹ delle certificazioni verdi mediante la sola lettura del codice a barre attraverso l'utilizzo dell'applicazione "Verifica C-19". Dal 12 ottobre 2021, inoltre, il Garante ha dato il via a nuove modalità di controllo dei *green pass* che hanno l'obiettivo di semplificare le attività di verifica da parte dei datori di lavoro pubblici e privati¹².

¹¹ Ad oggi i soggetti preposti al controllo dei *green pass* sono i datori di lavoro e il personale da essi delegato. Questi ultimi, in ottemperanza alle prescrizioni in materia di trattamento dei dati personali, potranno operare grazie a un'apposita «nomina ad addetto autorizzato alla verifica dei *green pass*». Le istruzioni per il personale preposto alla verifica delle certificazioni verdi, dovranno contenere indicazioni precise riguardo alle modalità con cui i controlli dovranno essere effettuati così come previsto ai sensi dell'articolo 29 del GDPR. Dovrà essere chiarito, inoltre, che tali attività non dovranno comportare la raccolta di dati o di documenti dell'intestatario, neanche mediante l'utilizzo di strumenti diversi dall'app Verifica C-19, quali ad esempio *Qr-code*, mail, applicazioni di messaggistica istantanea, *screenshot*, o Pec. Laddove la verifica dei *green pass* venisse posta in essere da personale non nominato, ciò comporterebbe una violazione della normativa sulla *privacy*. Oltre a quanto detto, occorrerà fornire ai soggetti interessati un'informativa *privacy* ai sensi dell'art. 13 del GDPR in merito al trattamento dei dati che viene effettuato mediante la verifica della certificazione. Questa informativa dovrà contenere: l'identità e i dati di contatto del Titolare del trattamento, laddove nominato i dati di contatto del DPO, le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica del trattamento, che in questo caso è l'obbligo legale al quale il Titolare è sottoposto in forza del DPCM 17 giugno 2021. A seguire dovranno essere indicati: i diritti dell'interessato di cui agli artt. 15-22 GDPR; il diritto di rivolgersi all'autorità di controllo e l'indicazione del bisogno di sottoporsi a verifica per poter accedere ai luoghi in cui si sta facendo ingresso. L'informativa va affissa nei locali dove viene effettuata la verifica del *green pass*, affinché la stessa possa essere consultata prima del trattamento e, ove possibile, pubblicata sul sito *web* del titolare, se presente.

¹² Ci si riferisce a modalità alternative che prevedono l'impiego di un pacchetto di sviluppo per applicazioni (*Software Development Kit-SDK*), rilasciato dal ministero della Salute con licenza *open source*, da integrare nei sistemi di controllo degli accessi, inclusi quelli di rilevazione delle presenze, le funzionalità di verifica della Certificazione verde COVID-19, mediante la lettura del *QR code* ovvero, un'inte-

Tali strumenti consentono di accertare l'autenticità, la validità e l'integrità della certificazione, oltre che di conoscere le generalità dell'intestatario, senza poter, tuttavia, dedurre le informazioni che ne hanno determinato l'emissione. Pertanto, qualsiasi ulteriore attività quale la raccolta, la conservazione piuttosto che la scadenza dei *green pass* risulta vietata configurando una violazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali a norma del Regolamento europeo 679/2016. Vengono in essere, al riguardo, il principio di liceità, per il quale l'informazione raccolta potrebbe non essere supportata da un idoneo fondamento giuridico; il principio di esattezza del dato, per cui la certificazione potrebbe essere revocata prima della sua naturale scadenza nonché del principio di minimizzazione del dato, per cui verrebbero raccolti dati eccedenti rispetto a quelli effettivamente utili per le finalità consentite dalla normativa.

La questione oggetto di dibattito è se il *green pass* possa rappresentare uno strumento idoneo alla violazione del diritto alla riservatezza. Un esempio per tutti è rappresentato dai soggetti che si dichiarano contrari alla somministrazione del vaccino; d'altra parte indubbia è la circostanza che ogni individuo è libero di autodeterminarsi e di effettuare le scelte che più ritiene opportune.

La problematica è stata affrontata, di recente, dalla giurisprudenza, la quale ha rafforzato la validità del *green pass* e dichiarando l'assenza di rischi per la riservatezza dei dati personali¹³; in altri termini

razione in modalità asincrona, tra la Piattaforma NoiPA e la PN-DGC per la verifica del possesso dei *green pass* da parte dei dipendenti pubblici degli enti aderenti a NoiPA. Ancora, un'interazione tra il portale istituzionale INPS e la PN-DGC, per la verifica del possesso delle Certificazioni verdi COVID-19 da parte dei dipendenti dei datori di lavoro, con più di 50 dipendenti, sia privati che pubblici non aderenti a NoiPA. In fine una interoperabilità applicativa tra i sistemi informativi di gestione del personale delle PA con almeno 1.000 dipendenti, anche con uffici di servizio dislocati in più sedi fisiche, e la PN-DGC, per la verifica del possesso dei *green pass* dei propri dipendenti.

¹³ Consiglio di Stato, Sez. III, 17 settembre 2021, n. 5130. Tale pronuncia è stata l'epilogo di un caso che ha riguardato un appello proposto contro un provvedimento cautelare emesso dal Tar Lazio che in primo grado ha impugnato il D.P.C.M. del 17 giugno 2021 relativo all'impiego del *green pass*, di cui ne era stata richiesta la sospensione dell'efficacia. I ricorrenti, nel caso di specie, lamentavano una lesione del diritto alla riservatezza e il rischio di essere discriminati durante lo svolgimento della propria attività lavorativa per una violazione da parte del DPCM della normativa

secondo la prospettiva indicata lo strumento di verifica del *green pass* non costituirebbe di per sé alcuna compressione del diritto alla riservatezza, realizzando ad un tempo la garanzia della tutela della *privacy* fornita ai soggetti possessori della certificazione verde nonché il diritto all'autodeterminazione per quegli individui che decidono, invece, di non vaccinarsi.

In posizione aspramente critica parte della dottrina non ha mancato di sottolineare che la pandemia ha causato lo stress da un lato del sistema immunitario individuale e collettivo e dall'altro, in special modo, del sistema pubblico costituzionale, nonché la sovversione del sistema delle fonti, la contorsione del principio della separazione dei poteri, oltre che del principio di legalità, la compressione della garanzia di intangibili diritti costituzionali, e perfino dei diritti umani in quanto tali considerati¹⁴; sì che, in questo scenario, dispositivi come il *green pass* possono comportare seri pregiudizi di carattere sistematico sull'intera struttura dei fondamenti ordinamentali e sulla concezione dello stesso Stato di diritto.

Il *green pass* sembra essere foriero di criticità giuridicamente rilevanti sotto una pluralità di profili, da quello strettamente fattuale a quello sistematico ed assiologico. Quanto al primo, puntualmente,

comunitaria e della Costituzione italiana in merito alla protezione dei dati personali. Il Consiglio di Stato, in merito, si è espresso con l'ordinanza in commento, confermando la pronuncia di rigetto del primo grado, stabilendo che per coloro che si sono rifiutati di sottoporsi alla vaccinazione non sussiste nessuna compromissione del loro diritto alla riservatezza.

¹⁴ Così, precisamente, A.R. Vitale, *Del green pass, delle reazioni avverse ai vaccini e di altre cianfrusaglie pandemiche come problemi biogiuridici*, in www.giustiziainsieme.it, a parere del quale «si è sostanzialmente quasi istituzionalizzato il cosiddetto “stato d'eccezione”, fino ad ora mera ipotesi storica o accademica, che, infatti, nell'esperienza politica e giuridica del secondo dopoguerra in Italia non aveva mai vissuto una concreta effettività neanche nei momenti più difficili della storia repubblicana legati alla legislazione emergenziale varata per far fronte al fenomeno brigatistico, mafioso o terroristico, tanto da far ribadire a costituzionalisti autorevoli come Sabino Cassese che la pandemia non è uno “stato di guerra” ex articolo 78 della Costituzione e che pertanto i poteri “illimitati” che il Governo si è arrogato nella gestione della cosiddetta “prima ondata” dell'inverno-primavera 2020 sono del tutto illegittimi e contrari alla Costituzione, rappresentando una inedita sospensione nell'esercizio dei diritti fino ad avvertire la giusta esigenza che la Costituzione torni ad essere la bussola dell'emergenza».

si è osservato che il *green pass* risulterebbe privo di una sua giustificabilità per due ragioni, che seppure opposte, denotano la medesima evidenza: ipotizzando la assoluta capacità del vaccino di evitare il contagio, esso risulterebbe inutile poiché la garanzia è offerta dalla somministrazione e non dalla sua certificazione; se, diversamente, si esclude la possibilità che il vaccino eviti il contagio, egualmente la certificazione verde appare priva di qualsiasi utilità in quanto il titolare di essa potrebbe rappresentare un veicolo di infezione al pari di chi è sprovvisto della predetta certificazione.

Con riferimento all'aspetto normativo, sul fondamento della mancata obbligatorietà generalizzata del vaccino, la richiesta certificazione sembrerebbe costituire una forma di obbligo vaccinale di fatto; l'accertata differente legittimità dell'obbligo di fatto rispetto a quello di diritto suggerisce una riflessione: infatti, l'eventuale obbligo vaccinale di fatto introdotto tramite il *green pass* potrebbe configurare uno strumento istituzionalmente, oltre che giuridicamente, opinabile (per esortare la collettività a sottoporsi alla vaccinazione), il quale indurrebbe la popolazione a vaccinarsi senza quelle cautele imprescindibili in uno Stato di diritto, soprattutto in ossequio al principio personalistico che pervade l'intera Carta costituzionale. Oltre a ciò, non va sottovalutata la questione degli eventuali indennizzi nei riguardi di quanti dovessero subire gli effetti collaterali della vaccinazione¹⁵.

¹⁵ La stessa Corte Costituzionale, infatti, nella celebre sentenza 5/2018 ha chiarito quanto segue: «Il singolo, sottoponendosi al trattamento obbligatorio, adempie a uno dei doveri inderogabili di solidarietà sociale, che hanno fondamento nell'art. 2 cost. L'intervento pubblico non è unidirezionale, ma bidirezionale e reciproco: si esprime non solo nel senso della solidarietà della collettività verso il singolo, ma anche in quello del singolo verso la collettività; è per questa stessa ragione che, quando il singolo subisce un pregiudizio a causa di un trattamento previsto nell'interesse della collettività, quest'ultima si fa carico dell'onere indennitario». L'indennizzo, dunque, rappresenta – proprio alla luce della costante e consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale – l'espressione del dovere di solidarietà della collettività e delle istituzioni nei confronti del cittadino che si sottopone ai trattamenti sanitari, divenendo mezzo imprescindibile di integrazione della tutela effettiva del diritto alla salute individuale e collettiva, e non soltanto in ossequio al tenore letterale dell'articolo 1 della legge 210/1992, ma anche e soprattutto in osservanza dei principi di diritto enunciati recentemente dalla Corte Costituzionale sul punto, la quale, chiarendo la reciprocità del dovere di solidarietà, ha perfino esteso la tutela offerta dall'indennizzo ben oltre le vaccinazioni obbligatorie, cioè anche alle vaccinazioni soltanto rac-

Si pone il problema dunque dell'impatto del *green pass* sui diritti fondamentali, tra i quali appunto quello alla riservatezza.

Appare corretto, in proposito, inquadrare la questione in una prospettiva sistematica ed assiologica, la quale consente, appunto, di coniugare le esigenze individuali, vale a dire i diritti fondamentali, i dati sensibili, *in specie* quelli sanitari, con le esigenze collettive. Laddove si ritenga che il *green pass* è uno strumento indispensabile, risulta inderogabile verificare e disciplinare le modalità del suo atteggiarsi, sì da non costituire un aggravio alla persona e ai dati della persona medesima. La natura propria della certificazione, quale sorta di lasciapassare, impedisce di fare ingresso nella conoscenza della persona che deve essere sottoposta a controllo. La soluzione più congrua sembra proprio quella di prevedere unicamente la scadenza del *pass*, naturalmente diversa in ragione del titolo abilitante, senza informazioni ulteriori – quali appunto quelle relative alla “causa” della negatività (vaccino, tampone e malattia superata ecc.) – e dalle quali possano anche inferirsi dati sulla salute. Il *pass* dovrebbe, insomma, limitarsi a rappresentare un “semaforo” con luce verde evitando di includere al suo interno dati eccedenti le finalità proprie di tale tipo di documento.

comandate poiché «in presenza di una effettiva campagna a favore di un determinato trattamento vaccinale, è naturale che si sviluppi negli individui un affidamento nei confronti di quanto consigliato dalle autorità sanitarie: e ciò di per sé rende la scelta individuale di aderire alla raccomandazione obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell'interesse collettivo, al di là delle particolari motivazioni che muovono i singoli. Questa Corte ha conseguentemente riconosciuto che, in virtù degli artt. 2, 3 e 32 Cost., è necessaria la traslazione in capo alla collettività, favorita dalle scelte individuali, degli effetti dannosi che da queste eventualmente conseguano. La ragione che fonda il diritto all'indennizzo del singolo non risiede quindi nel fatto che questi si sia sottoposto a un trattamento obbligatorio: riposa, piuttosto, sul necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà, laddove le conseguenze negative per l'integrità psico-fisica derivino da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell'interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale. Per questo, la mancata previsione del diritto all'indennizzo in caso di patologie irreversibili derivanti da determinate vaccinazioni raccomandate si risolve in una lesione degli artt. 2, 3 e 32 Cost.: perché sono le esigenze di solidarietà costituzionalmente previste, oltre che la tutela del diritto alla salute del singolo, a richiedere che sia la collettività ad accollarsi l'onere del pregiudizio da questi subito, mentre sarebbe ingiusto consentire che l'individuo danneggiato sopporti il costo del beneficio anche collettivo».

La *privacy*, sotto il profilo indicato, non deve essere considerata come un ostacolo ma, al contrario, quale accompagnamento alla persona, proprio perché si tratta di intaccare quei dati che rappresentano frammenti della libertà di ciascuno. Quando si discorre di Stato occorre tenere a mente le profonde differenze che corrono tra lo Stato personalista e quello autoritario, nel quale la compressione della libertà e la tutela della *privacy* non si pongono, in quanto l'individuo è totalmente nelle mani di quest'ultimo. È necessario bilanciare la libertà della persona con la democrazia e, dunque, fare in modo che nessun diritto né quello alla salute ma neppure quello alla *privacy* siano diritti tiranni. Il problema è di bilanciarli tra loro, sul fondamento della temporaneità delle limitazioni, – quali l'obbligo di utilizzare la mascherina, il distanziamento e quant'altro – che la pandemia giustifica e necessita proprio in nome della transitorietà e dell'eccezionalità della situazione.

GENNARO ROTONDO

Forme di coordinamento *online* dell'operatività di mercato e intermediazione finanziaria nel contesto post-pandemico: un reale cambio di paradigma?

SOMMARIO: 1. Innovazione finanziaria e forme di coordinamento in rete delle scelte di investimento. Il caso *GameStop*. – 2. Cenni ad alcune altre operazioni di *short selling*: i casi *Dogecoin*, *Atossa Therapeutics*, *Anavex Life* e *Bank of Japan*. – 3. Le operazioni coordinate in rete tra narrazione e percezione del fenomeno economico. – 4. Complessità del quadro di riferimento sottostante alle ipotesi di coordinamento collettivo delle strategie di investimento. – 5. Effetti “collaterali” delle azioni coordinate in rete. – 6. Osservazioni conclusive. Intenzioni dei regolatori USA e prospettive *de iure condendo*.

1. *Innovazione finanziaria e forme di coordinamento in rete delle scelte di investimento. Il caso GameStop*

L'innovazione tecnologica dell'intermediazione finanziaria sta accelerando processi di trasformazione dei tradizionali modelli aziendali affiancandovi forme di operatività digitale su cui incidono sia nuovi strumenti di comunicazione e di interazione soggettiva sia altri fattori che rientrano nel più ampio concetto di *FinTech*¹. Si ridefiniscono in tal modo le modalità di offerta dei servizi finanziari, ponendo però sempre nuove problematiche regolatorie, applicative ed ermeneutiche. Tanto sta avvenendo anche in punto di personalizzazione algoritmica dei flussi informativi in rete per orientarli verso specifiche categorie di investitori al fine, tra l'altro, di coordinarne le scelte verso obiettivi comuni di investimento².

¹ Su cui si v., *ex multis*, M.T. Paracampo (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico dei servizi finanziari*, Torino, vol. 1, 2021, e vol. 2, 2019; F. Fimmanò, G. Falcone (a cura di), *FinTech*, Napoli, 2019, e la dottrina ivi indicata.

² In argomento, v. M.G. Carozzi, *Così il caso Gamestop ha messo in luce l'avanguardia di un mondo nuovo*, in *Il Sole 24-Ore*, 10 febbraio 2021.

Un esempio concreto, riferito a quest'ultimo aspetto, si è avuto quando, attraverso piattaforme *social* e *broker* digitali, sono state organizzate e realizzate alcune operazioni di investimento che hanno revocato in dubbio la visione prevalente e “condivisa” delle dinamiche di funzionamento dei mercati finanziari, incentrate sulla figura degli investitori istituzionali. Se gli eventi di cui si tratta sono diretti, per qualche verso, a consolidarsi nella prassi operativa, allora è chiaro che queste forme di interazione tra piattaforme *social* e intermediari digitali sono destinate ad avere un impatto notevole sul mercato, ovviamente, anche in termini di rimodulazione degli assetti regolamentari³. Ma sul punto si tornerà più specificamente nel prosieguo, essendo opportuno preliminarmente accennare alle vicende verificatesi poco prima e durante l'emergenza pandemica.

Da qualche anno (quindi ben prima della pandemia), numerosi utenti della piattaforma di informazione finanziaria *Reddit*⁴ (detti anche *Redditors*) – e in particolar modo i componenti del sub-*forum* *Wallstreetbets* – si stavano organizzando per realizzare operazioni di mercato in controtendenza rispetto agli obiettivi “tipici” dei fondi speculativi (*hedge funds*). La strategia dei membri di questi *social* consiste nel coordinarsi per sollecitare l'acquisto di titoli di società in crisi, quindi tendenzialmente non destinati ad aumentare di valore e sui quali i fondi si propongono di speculare al ribasso, ossia attuare operazioni di vendita allo scoperto (c.d. *short selling*)⁵. Deve trattarsi, tuttavia, di

³ Si consideri che all'attività di *trading online* si applica la disciplina relativa ai servizi d'investimento, in quanto la rete internet rappresenta il tramite per l'esecuzione di servizi di negoziazione per conto terzi e di ricezione e trasmissione di ordini. In tal senso, v. *amplius* L. Scipione, *Il caso Gamestop: chiare evidenze di un fallimento regolamentare e di supervisione dei mercati finanziari*, in corso di pubblicazione (disponibile per gentile concessione dell'A.).

⁴ *Reddit* è un portale di informazione finanziaria articolato in *forum* (cc.dd. *subreddit*).

⁵ Com'è noto, la pratica dello *short selling* consiste nel prendere in prestito delle azioni da un *broker* e venderle al prezzo corrente; alla scadenza prevista si ricomprano le azioni per restituirle al *broker* (ossia si deve “coprire” lo *short*). Se, nel frattempo, il valore del titolo è diminuito si guadagna la differenza col prezzo di acquisto. Su questi aspetti, v. anche Consob, *Dichiarazione sui casi di anomala volatilità nella negoziazione di azioni e nell'utilizzo di social forum e piattaforme di trading online*, Roma, 13 aprile 2021. Più specificamente sulle piattaforme e le *app* per il *trading online* e sulle problematiche connesse al conflitto di interessi potenzial-

aziende che presentino comunque margini di recupero, in quanto sono incappate in una fase temporanea di criticità strategica o gestionale.

Considerato, da molti, come modello negativo per eccellenza della speculazione finanziaria, lo *short selling* è pratica alquanto diffusa tra gli *hedge fund* e, solitamente, ha ad oggetto società quotate con valutazioni ritenute elevate, per cui il gestore scommette al ribasso sui relativi titoli (i quali sono detti anche *meme stocks* per sottolinearne in tal modo il distacco dalla realtà dei fatti)⁶. La regola generale (negli USA come in altri Paesi) presuppone che prima di effettuare un'operazione allo scoperto, l'investitore prenda a prestito dai *broker* il titolo bersaglio⁷.

Tanto premesso, tra la fine del 2019 e l'inizio del 2021, gli utenti di *Wallstreetbets*, si rendono conto che alcuni *hedge fund* hanno individuato come bersaglio la società *GameStop* (in seguito, anche *GME*)⁸, un'azienda che già aveva di per sé notevoli difficoltà di adattamento all'evoluzione tecnologica del settore. Si tratta, infatti, di una catena di negozi dedicata ai videogiochi fisici e all'elettronica di consumo (presente anche in Italia) che con l'evoluzione digitale stentava a trovare adeguati spazi di mercato. Nel 2019 la società perde 500 milioni di dollari, mentre nel 2020 la pandemia la costringe a chiudere numerosi punti vendita. In sostanza, appariva come un bersaglio

mente presente in questo tipo di operazioni, v. M. Waters, *Game Stopped? Who wins and loses when short sellers, social media and retail investors collide?*, Audizione del Presidente SEC al Congresso USA, 6 Maggio 2021; per il contesto europeo, M.A. Scopelliti, *Elementi informativi in merito alla vicenda GameStop e l'impatto del trading on-line*, Audizione presso la Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario, Roma, 25 maggio 2021.

⁶ Inoltre, questi titoli sono accomunati dalla circostanza di avere un elevato *short interest*, ovvero un livello di posizioni ribassiste aperte da parte dei fondi molto alto rispetto al flottante (*i.e.* il numero di azioni quotate).

⁷ Secondo alcuni, tuttavia, lo *short selling* storicamente non ha avuto un effetto distortivo sui mercati, in quanto diverse analisi hanno messo in luce come questa strategia aumenti la liquidità nei mercati finanziari in generale e possa avere un effetto di maggiore controllo sulla volatilità. Il motivo sarebbe legato, secondo questa visione, al fatto che in un mercato dove gli operatori possono scommettere in due direzioni si attenuano le tensioni. Sul punto, v. A. Gennai, *Short selling, cosa si nasconde dietro l'universo delle vendite allo scoperto*, in *Il Sole 24 Ore.com* (24+), 2 febbraio 2021.

⁸ Su cui v. tra gli altri, D. Valiante, *GameStop: storia di una tragedia annunciata*, in *Lavoce.info*, 16 febbraio 2021.

ideale per gli *hedge fund*, i quali pertanto iniziano ad avviare *short selling* sui titoli *GameStop* per diverse settimane.

Una volta acclarata la manovra speculativa dei fondi, gli utenti di *Wallstreetbets* si sono coordinati per acquistare in massa titoli di GME con il risultato, scontato, di farne impennare il valore che, solo nelle prime settimane del 2021, è aumentato di oltre il 1600%. A questo punto, per non subire perdite ingentissime, gli *hedge fund*⁹ hanno dovuto coprire la loro posizione (ossia acquistare i titoli a prezzi più alti di quelli di vendita), consolidando la perdita subita fino a quel momento. In tal modo, il valore del titolo continuava ad aumentare e ciò costringeva i fondi, in una sorta di spirale negativa, a comprare ulteriormente per evitare perdite maggiori (c.d. *short squeeze*).

Come conseguenza, si è verificato da un canto un vero e proprio *boom* di iscrizioni al *forum* e, per l'altro, hanno iniziato a investire "in controtendenza" anche molti soggetti che con esso non avevano legami, tra cui persino altri fondi speculativi (come *Blackrock*) o di *private equity*. Inoltre, sono giunti vari *endorsement* pubblici all'operazione di *Wallstreetbets* (tra i quali ha destato particolare clamore quello Elon Musk)¹⁰.

Ebbene, al termine dell'operazione di riacquisto, i piccoli investitori hanno potuto beneficiare dell'impennata del valore delle azioni: sulla scorta di volumi elevatissimi, il titolo è letteralmente decollato fino a quasi 500 dollari, tanto che la borsa ne ha bloccato le negoziazioni per alcune ore¹¹.

A questo punto, si è attivato il meccanismo manipolativo sul piano della narrazione del fenomeno (su cui ci si soffermerà in seguito) che ha condotto i giornali finanziari, i media *mainstream*, alcuni commentatori ed esperti a compattarsi a difesa degli *hedge fund*, richiamando l'attenzione sui rischi legati a simili operazioni. Di conseguenza, diverse piattaforme di *trading* (la prima è stata *Robinhood*) hanno bloccato o limitato l'operatività sul titolo GME facendone crollare il

⁹ Tra i primi fondi che hanno chiuso in gran fretta le posizioni *short* vi sono, ad esempio, *Melvin Capital* e *Citron*; sulla cronaca di quella fase, v. V. Lops, *Saga GameStop, balzo del 600% dai minimi. E il piano Biden può alimentare la bolla*, in *Il Sole 24 ore.com*, 11 marzo 2021.

¹⁰ Cfr. A. Battaglia, *Trader antisistema*, cit.

¹¹ Cfr. A. Battaglia, *L'epopea Game Stop*, cit.

valore di mercato (a febbraio 2021 passa da 500 a 120 dollari, per poi scendere fino a 50¹², ma si tenga conto del fatto che in partenza era pari a 19 dollari). Dunque, una evidente operazione speculativa con conseguente ampia volatilità del titolo¹³.

Va ricordato, inoltre, che usualmente il blocco delle contrattazioni dura da pochi minuti ad alcune ore e, in genere, ha finalità di protezione degli investitori in fasi di accentuata volatilità del mercato. Nel caso che ci occupa, le piattaforme hanno letteralmente “impedito” determinate operazioni al fine – non dichiarato ma evidente – di “tutelare” gli *hedge fund* da quello che è stato bollato come un vero e proprio «attacco dei piccoli investitori»¹⁴, etichetta che, come vedremo, rappresenta una mera semplificazione della realtà.

2. Cenni ad alcune altre operazioni di short selling: i casi Dogecoin, Atossa Therapeutics, Anavex Life e Bank of Japan

In seguito al ribasso e alle oscillazioni del prezzo dei titoli GME, i partecipanti a *Wallstreetbets* ha rivolto l'attenzione anche verso altri *asset*¹⁵, di alcuni dei quali si riportano sinteticamente i riferimenti.

Un primo caso riguarda la criptovaluta *Dogecoin*¹⁶, le cui indicazioni di acquisto erano già copiose sul *forum* nel mese di gennaio 2021, spingendone in alto il valore. In seguito, un'ulteriore, forte, sollecitazione al rialzo è giunta, anche in questo caso, da Elon Musk il

¹² Consob, *Dichiarazione sui casi di anomala volatilità nella negoziazione di azioni e nell'utilizzo di social forum e piattaforme di trading online*, Roma, 13 aprile 2021.

¹³ Così, L. Scipione, *Il caso Gamestop*, cit.

¹⁴ Per una lettura in tale senso del *trend* in atto, v. G.G. Santorsola, *GameStop: sarà game over per i vecchi mercati?*, in «FCHub», febbraio 2021; C. Di Noia, *La vicenda borsistica di GameStop è un caso di scuola che pone i regolatori davanti a sfide inedite*, in «Riparte l'Italia. Osservatorio economico e sociale», 3 febbraio 2021.

¹⁵ L'attenzione degli utenti dei *forum* si è indirizzata verso numerosi altri titoli (*meme stocks*), tra cui: la catena di cinema *Anc*, *Bed Bath and Beyond* (catena americana di negozi di articoli per la casa), *BlackBerry*, *Nokia*, *Kodak*, *Sundial grovers* (società che commercializza prodotti a base di marijuana legale), *First Majestic Silver* (società legata all'argento).

¹⁶ Nel cui logo è raffigurato un cane di razza giapponese *Shiba Inu* (contenuto in un noto *meme* presente in rete).

quale (il 4 febbraio 2021) ha twittato: «*Dogecoin is the people's crypto*», facendo impennare, come prevedibile, l'ondata di acquisti.

Va detto però che le quotazioni della criptovaluta erano già elevate alla fine di gennaio 2021, periodo in cui gli utenti del *forum* hanno iniziato a moltiplicare gli inviti all'acquisto. È evidente, pertanto, che la maggiore attenzione su *Dogecoin* sia arrivata solo successivamente, confermando (al pari del caso *GameStop*) come i fattori che contribuiscono a condizionare le dinamiche di mercato siano diversi e complessi, non potendo essere ricondotti alle sole sollecitazioni o azioni coordinate dei *forum* specializzati.

Le manovre coordinate in rete finalizzate al rialzo del valore dei titoli hanno riguardato anche alcune società del settore farmaceutico che, nei primi mesi del 2021, hanno subito un improvviso picco verso l'alto delle loro quotazioni.

Tra queste, vi è *Atossa Therapeutics*, una *start up* che (secondo i dati di bilancio) al 30 settembre 2019 era in perdita, come spesso accade del resto alle imprese di questo settore. A metà febbraio 2021, il titolo in questione è passato in pochi giorni da una quotazione di 3,24 dollari a 4,33 dollari.

Per capire cosa è accaduto, occorre dire che il gruppo di cui è parte la *start up* ha pubblicato, all'inizio dello stesso mese di febbraio, i dati positivi sulla fase 2 di un farmaco per la cura contro il cancro. Subito dopo l'annuncio, il valore delle azioni si è repentinamente elevato.

Secondo gli analisti, la causa risiederebbe nel fatto che gli investitori si siano scambiati l'informazione su *Wallstreetbets* e su *Twitter*, spingendo il titolo al rialzo. Dunque, pur essendo innegabile che molti utenti del *forum* avessero manifestato attenzione riguardo al titolo *Atossa*, da un lato, tale interesse non può essere paragonato a quello "virale" su *GameStop* o *Dogecoin*; dall'altro, senza l'elemento catalizzatore rappresentato dalla notizia dei risultati positivi della sperimentazione, difficilmente il valore di *Atossa Therapeutics* avrebbe subito un simile rialzo.

Questa circostanza, dunque, conferma ulteriormente che non è sufficiente – ma neppure può essere neutro – l'impatto dell'azione di *forum* come *Wallstreetbets*, ma che, di nuovo, occorre tener presente la complessità del fenomeno e l'evidente concorso di attori e cause¹⁷.

¹⁷ In senso conforme, v. L. Scipione, *Il caso Gamestop*, cit.

Profili di complessità che vengono ribaditi anche dalla vicenda di un'altra società il cui valore di mercato ha registrato un picco per poi ridimensionarsi, sempre nella prima metà del 2021. Si tratta di *Anavex Life*, un'azienda attiva nella produzione di farmaci contro l'*alzheimer*. Anche in questo caso, si ritrovano in *Wallstreetbets* molti interventi che sollecitano l'acquisto del titolo, spesso in chiave palesemente speculativa. Il che conferma come il *forum* sia una realtà variamente articolata nella quale, da un canto, vi è una componente che agisce consapevolmente in contrasto con le azioni degli *hedge fund* (come è stato per molti utenti nel caso *GameStop*, ad esempio); mentre, dall'altro, nel caso specifico si è realizzata una mera speculazione, forse ancor meno condivisibile in quanto relativa al titolo di un gruppo attivo nella ricerca per la cura contro una malattia così terribile.

Da ultimo, un riferimento va fatto a uno dei casi più singolari di azione coordinata al rialzo nei *forum* finanziari, realizzata stavolta dai trader giapponesi all'inizio del 2021 e avente ad oggetto la Banca centrale del Paese (*Bank of Japan - BoJ*).

In realtà, anomalo è già il fatto in sé che una banca centrale sia quotata¹⁸ in quanto, a differenza delle normali società, può operare anche con un patrimonio netto negativo.

Al di là di tale peculiarità, è più che evidente come, in questo caso, l'accaduto non sia assolutamente configurabile in termini di conquista della banca centrale per poterne controllare l'agire e, quindi, condizionare la politica monetaria della terza economia mondiale, ciò in quanto le azioni quotate della *BoJ* non danno diritto di voto e distribuiscono dividendi irrisori. Il motivo del loro acquisto, pertanto, risiede piuttosto nel fatto che gli investitori al dettaglio a breve termine non si curano dei dividendi, ma cercano guadagni in conto capitale, per cui i titoli sono oggetto di speculazioni e azioni coordinate solo finché il loro valore continua ad aumentare¹⁹.

¹⁸ Si rammenta che sono quotate anche le banche centrali di Belgio, Grecia e Svizzera. Quanto alla *Bank of Japan*, il governo possiede il 55% delle azioni, mentre il restante 40% è in mano a singoli investitori.

¹⁹ In effetti, le azioni della *BoJ* finora hanno rappresentato per i possessori più una sorta di *status symbol* che un investimento vero e proprio. Durante la bolla degli anni '80, alcuni investitori individuali consideravano queste azioni alla stregua di un oggetto da collezione. Sul caso della *BoJ* e sui dati qui riportati, v. V. Lops, *La nuova*

Ebbene, alla luce di quanto fin qui affermato, si può ritenere che gli eventi descritti non possano essere inquadrati nella semplificazione logica di un conflitto tra “buoni” e “cattivi”²⁰.

3. *Le operazioni coordinate in rete tra narrazione e percezione del fenomeno economico*

Quanto accaduto può avere, dunque, diverse spiegazioni, nonché una matrice fors’anche sociologica o politica (a seconda dei casi), il cui rilievo però non va sopravvalutato per le ragioni che si chiariranno in seguito.

Anzitutto, va detto che la genesi dei *forum* dai quali è partita la vicenda è condizionata da due eventi fondamentali: la crisi del 2008 e la pandemia da Covid-19.

La prima ha portato gli Stati Uniti (e l’intero mondo) in una recessione che dura da oltre un decennio, lasciando segni profondi che si esprimono precipuamente nel risentimento di un’intera generazione, per un verso, a causa delle difficoltà economiche e lavorative che sta subendo, dall’altro, in ragione dei sempre meno tollerati salvataggi delle banche con denaro pubblico.

Il secondo evento ha portato una nuova crisi e ulteriori difficoltà economiche, con la differenza che gli stimoli fiscali contro il Covid-19, unitamente alla facilità di accesso ai mercati (attraverso piattaforme di *trading online*), hanno consentito a coloro che erano adolescenti nel 2008 (e magari oggi divenuti *trader*), di “ricambiare” in qualche modo il trattamento ricevuto²¹.

Per tali motivi si è diffusa una narrazione dei fatti (stile “Davide” contro i “Golia” della finanza)²² che ha avuto un forte impatto “seduttivo” nei confronti dei media e dell’opinione pubblica, ma ha an-

Gamestop ora è la Bank of Japan. I millennial traders puntano alla politica monetaria?, in *Il Sole 24 ore.com*, 1 marzo 2021.

²⁰ Cfr. V. Carlini, *Non solo GameStop*, cit.

²¹ Cfr. V. Carlini, *GameStop, viaggio nel Wallstreetbets: giovani, arrabbiati, esperti e robot*, in *Il Sole 24 Ore.com*, 21 febbraio 2021.

²² Si tenga conto infatti che *Wallstreetbets* è pieno di appelli a mantenere i titoli, a contrastare la “cattiva” Wall Street. Così come è costante nei *meme* e in rete l’uso di molte icone pop dei cartoni: dagli *Avengers* ai *Power Rangers* fino ai *Simpson*: tutti uniti, in questo immaginario collettivo finanziario, contro i miliardari di *Wall Street* o i “cattivi” *hedge fund*. Cfr. V. Carlini, *GameStop, viaggio nel Wallstreetbets*, cit.

che attirato altri *trader* pronti ad alimentare ulteriori operazioni speculative. Difatti, oltre alle prospettive di guadagno, parte degli utenti di *Reddit* si è galvanizzata per la possibilità di rivalersi contro quella irrisoria percentuale di operatori (circa l'1%) che conseguono la quasi totalità degli introiti derivanti dalle speculazioni finanziarie e ai quali si imputano le conseguenze nefaste della crisi del 2008²³.

In maniera palesemente strumentale, pertanto, questa situazione è stata descritta da molti come un processo di “democratizzazione” della finanza, sebbene concepito in chiave di sollecitazione della massa a investire la liquidità non utilizzata (si pensi alle pressioni attuali per l'impiego di quella giacente sui conti correnti) in quanto necessaria per uscire dalla crisi indotta dalla pandemia. È chiaro che si tratta di un'idea distorta di finanza “condivisa” (e quindi democratica) in quanto la finalità resta, comunque, quella di stabilizzare i profitti in capo sempre agli stessi gruppi ristretti.

Il caso principale, qui riportato, è lampante per spiegare queste logiche: se sono gli *hedge fund* a coordinare la propria azione per affossare il titolo *GameStop*, allora tutto è nella norma, ma se un gruppo di soggetti/operatori diversi – sulla base delle stesse regole e con i medesimi strumenti – si organizza per investire su quello stesso titolo, allora l'azione viene bollata come una manipolazione del mercato. In altri termini, secondo tale visione, dovrebbe ritenersi legittimo scommettere sul fallimento di un'impresa, tra l'altro accelerandolo con interventi mirati di *trading*, ma solo nel caso in cui ad agire siano i “soliti” investitori.

In sostanza, è assodato che nessuno sia in grado di prevedere con esattezza le reazioni dei mercati, di quello finanziario in particolare che, per definizione, è un mercato irrazionale e non controllabile. Numerosi fattori infatti dimostrano come esso risulti quasi del tutto disallineato rispetto all'economia reale, dato che induce molti a “giocare” in borsa (come nel linguaggio comune si usa dire) piuttosto che privilegiare operazioni di investimento più congrue alle esigenze dell'economia reale; ciò anche perché tali modalità di impiego delle proprie risorse risultano più semplici, rapide e, per alcuni, considerevolmente più redditizie.

La novità, nei casi esaminati, sta nel fatto che il problema è stato sollevato da coloro che di solito conseguono guadagni (esorbitanti)

²³ Cfr. A. Battaglia, *L'epopea Game Stop*, cit.

attraverso speculazioni nei mercati azionari, anche se in sostanza si sono lamentati delle modalità applicative delle stesse regole e meccanismi di cui finora hanno beneficiato²⁴.

4. *Complessità del quadro di riferimento sottostante alle ipotesi di coordinamento collettivo delle strategie di investimento*

A questo punto, vanno chiariti ulteriormente i motivi per cui la narrazione in termini di “rivincita” contro la finanza di *Wall Street* non va sopravvalutata, specie in punto di immediate conseguenze fattuali e regolamentari.

In primo luogo, occorre tenere presente che in tutte le piattaforme *social* ci sono i c.d. *bot*²⁵, i quali sono programmati, a seconda degli interessi di chi li gestisce, a influenzare, guidare e indirizzare gli umori dei membri del gruppo, quindi anche secondo direttive ben lontane dalle paventate logiche di democratizzazione della finanza.

In secondo luogo, la complessità del fenomeno qui considerato si può desumere anche dal punto di vista della tassonomia soggettiva degli utenti di *Wallstreetbets*. Difatti, pur nella difficoltà di individuare la composizione dei *forum* in un contesto in cui la tendenza al completo anonimato rappresenta la regola, è semplice accertare che tra i partecipanti vi siano anche soggetti esperti, le cui analisi sono di buon livello qualitativo e per nulla improvvisate (come parte dei commentatori, generalizzando, sosteneva per screditare l’iniziativa).

Più specificamente, è possibile identificare, di norma, quattro categorie di utenti: 1. la prima è rappresentata dagli investitori *retail*, che sono la grande maggioranza e hanno scarse competenze tecniche; sono in prevalenza giovani animati spesso dalla rabbia contro un sistema giudicato colpevole di creare crescenti disuguaglianze e con una visione dell’investimento identificata quasi con la scommessa

²⁴ Cfr. Anonimo, *GameStop: i Redditors vs Wall Street. Vi spiego perché è successo*, in www.valigiablu.it, 30 gennaio 2021.

²⁵ Si tratta di un *software* concepito per eseguire determinati compiti in maniera automatizzata, secondo le istruzioni impartite, senza aver bisogno di essere avviato da un utente di cui spesso imita o sostituisce il comportamento. In genere, esegue compiti ripetitivi molto più rapidamente di quanto possa fare un essere umano.

poiché utilizzano tutte le loro risorse senza alcuna strategia di gestione dei rischi; 2. poi ci sono i citati *bot*; 3. nella terza troviamo gli utenti esperti; 4. infine, vi sono i rappresentanti degli stessi investitori professionali; soggetti che monitorano la situazione di una *community* che comunque ha impatto sul mercato, oppure tentano, a loro volta, di influenzare l'orientamento del gruppo.

In definitiva, come tutti i *forum*, anche *Wallstreetbets* è un universo variegato: un insieme di oltre 8 milioni di utenti che integra un ambiente in crescita ed evoluzione continua. Ovvio che quando in un contesto simile le strategie di *trading* si armonizzano (in modo pilotato o meno poco conta), l'impatto di questa azione per il mercato diventa più che evidente²⁶. E lo diventa poiché la somma delle valutazioni e delle analisi (professionali e non) che viene generata in rete determina di fatto le ondate di *short interest*, mediante una strategia che, essendo slegata dai normali criteri di analisi del mercato, produce effetti come quelli fin qui esaminati sul valore dei titoli.

Infine, ritornando per un momento alla vicenda specifica di GME, occorre riflettere altresì sul fatto che già durante il 2020 alcuni soggetti avessero focalizzato l'attenzione sul titolo, motivo per cui ritenere quegli eventi una mera forma di "speculazione dei piccoli investitori" ovvero una "manipolazione del mercato"²⁷ appare senza dubbio una conclusione parziale e riduttiva.

5. Effetti "collaterali" delle azioni coordinate in rete

A confermare il quadro di complessità che caratterizza le vicende considerate, vi è altresì la circostanza che, secondo alcuni, le strategie di investimento programmate in rete, producono diversi "effetti collaterali".

²⁶ Cfr. V. Carlini, *GameStop, viaggio nel Wallstreetbets*, cit.; Id., *Non solo GameStop*, cit.; nel senso della complessità e articolazione del quadro di riferimento, v. altresì A. Graziani, *Davide Serra e la rivolta dei trader: «GameStop è un caso isolato, ma occhio ai bit-coin...»*, in *Il Sole 24 ore.com*, 3 febbraio 2021.

²⁷ Sulla specificazione di tale concetto si rinvia, tra gli altri a A. Galanti, *La manipolazione del mercato*, Milano, 2015, *passim*; F. Consulich, *Manipolazione del mercato e disorientamenti dogmatici. Tra eventi di pericolo e pericolo di eventi*, in «Società», 2010, 7, p. 823 ss.; A. Crespi, *Manipolazione del mercato e manipolazione delle norme incriminatrici*, in «Banca, borsa, tit. cred.», 2009, II, p. 107 ss.

Anzitutto, vi è un impatto sul valore di “tutti” i titoli detenuti dagli *hedge fund* perché questi, quando devono coprire la posizione *short* per fronteggiare il rialzo non previsto del titolo su cui puntavano al ribasso, reperiscono la liquidità necessaria anche tramite la vendita di azioni “normali” che hanno in portafoglio. Il che può condurre a vendite forzate di titoli che nulla hanno a che fare con il bersaglio della manovra, causando un flusso al ribasso che, paradossalmente, potrebbe colpire i portafogli degli stessi utenti dei *forum*.

Un altro effetto indesiderato deriva poi dalla facilità di accesso alle contrattazioni, consentita dall’innovazione tecnologica, situazione che può indurre problemi strutturali come è successo, ad esempio, quando la valanga di proposte di negoziazione (nel caso *GameStop*) ha ingolfato i *server* causando un rallentamento dell’operatività negli Stati Uniti che, di fatto, ha impedito a molti investitori tradizionali di collocare gli ordini²⁸.

Ancora, altra controindicazione deriva dalla distorsione che si è verificata nel ricorso all’effetto leva poiché è vero che le proposte di negoziazione sono state, in gran parte, realizzate direttamente sulla liquidità azionaria, ma nel complesso ha inciso in misura anomala anche la leva finanziaria: allorché l’investitore non possieda l’intera somma necessaria per coprire il controvalore dell’operazione, occorre che abbia a disposizione accantonamenti a garanzia delle transazioni, dal momento che l’eventuale mancato adempimento (di uno o più investitori) creerebbe problemi al flusso di contrattazioni sul mercato. È chiaro che all’aumentare degli scambi (come è accaduto nei casi in questione) si incrementa altresì l’esposizione finanziaria che l’intermediario deve garantire. L’esito è che i *broker* devono cercare, spesso con difficoltà, liquidità ulteriore con il rischio di creare instabilità nei mercati. Situazione che, sovente, si accompagna alla volatilità dei corsi azionari, in quanto operazioni a breve termine producono, anche solo a seguito della reazione degli *hedge fund*, un aumento dell’indice di volatilità (*Volatility Index* o *Vix*)²⁹. Questo effetto può creare

²⁸ Cfr. V. Carlini, *Wall Street, gli effetti collaterali*, cit.

²⁹ Si tratta di un indice sulla volatilità in tempo reale, creato dal *Chicago Board Options Exchange* (CBOE), che viene utilizzato per quantificare le aspettative sulla volatilità del mercato. Con tale indice non è possibile fare analisi retroattive poiché mostra soltanto la volatilità implicita del S&P 500 (SPX) nei 30 giorni successivi.

elementi di disturbo agli algoritmi, basati sull'esperienza pregressa rispetto a un determinato titolo, i quali non riescono a interpretare correttamente i repentini mutamenti di scenario³⁰.

6. Osservazioni conclusive. Intenzioni dei regolatori USA e prospettive de iure condendo

In conclusione, rispetto a quanto fin qui analizzato, va detto che non appare ancora ben delineata la strategia delle autorità statunitensi per ricondurre a sistema fenomeni come quello di *Reddit/Wallstreetbets*. I regolatori USA, colti di sorpresa, sembrano intenzionati, in prima battuta, a intervenire su di uno specifico e controverso aspetto, quello della cessione dei flussi di proposte di negoziazione (orientati dai *broker*) a società terze. In sostanza, si tratta della pratica secondo cui diverse piattaforme, soprattutto quelle dove agiscono gli *High Frequency Traders*, comprano dai *broker online*³¹ ordini che riguardano le opzioni o le azioni. Tra i soggetti più attivi in questo ramo di attività vi sono società di *trading* digitale³², le quali riescono a vendere le azioni a un prezzo leggermente superiore a quello di acquisto, conseguendo così un differenziale tra i due valori³³.

Non sembrano evidenziarsi, per ora, altre strategie di intervento sul piano specificamente regolamentare.

Tuttavia, al di là degli esiti concreti di tali eventi e delle possibili conseguenze in termini di riforme legislative, appare certo un dato: fenomeni-bolla, come quello di *GameStop*, comportano sempre considerevoli livelli di rischio, e ciò vale per “tutti” i soggetti coinvolti, a prescindere dal contesto regolamentare. Quindi, anche se sembra che abbiano avuto la meglio i “piccoli” risparmiatori, attirati dall'occasione di guadagni a danno dei fondi speculativi, gli imprevisti e le conseguenze negative per tutte le parti in causa, restano sempre eventualità concrete.

³⁰ Cfr. V. Carlini, *Wall Street, gli effetti collaterali*, cit.

³¹ Quali *Charles Schwab, Robinhood, E Trade*.

³² Ad esempio, *Citadel Securities, Susquehanna International Group e Virtu Financial*.

³³ Cfr. V. Carlini, *Non solo GameStop*, cit.

Inoltre, situazioni simili, in ragione del “messaggio” che trasmettono all'esterno, ribadiscono, ove ancora necessario, l'esigenza di una diffusa e adeguata educazione finanziaria che consenta la corretta percezione dei fenomeni di mercato e metta al riparo i risparmiatori non professionali dai rischi certi legati alla prospettiva di elevati guadagni finanziari³⁴. Un pericolo concreto, ad esempio, è che le misure espansive erogate a pioggia (specie negli USA), per far fronte agli effetti della pandemia, vengano utilizzate dai piccoli risparmiatori per tentare di conseguire i guadagni che operazioni come quelle qui considerate sembrano garantire. D'altra parte, questa evenienza è avvalorata dal fatto che la quota di soggetti *retail* che hanno effettuato *trading online* nel 2020 negli USA è passata dal 10% a oltre il 20% in poco più di un anno, abbagliati dai guadagni realizzati dalla finanza negli ultimi 10 anni³⁵; in che misura tali profitti poi siano socialmente condivisi è questione tutta da definire.

Infine – e per dare risposta all'interrogativo iniziale – va detto che le operazioni sopra descritte e l'impatto di strumenti *Fintech* e di piattaforme *social*, nonché le nuove modalità di coordinamento delle condotte e di comunicazione in rete, rappresentano già in sé un cambio di paradigma epocale, ma non necessariamente (o non del tutto) nel senso qui auspicato e soprattutto non nella direzione di una maggiore tutela del risparmio individuale e della destinazione prevalente di vantaggi all'economia reale.

Al di là dei possibili interventi normativi – come accennato, ancora in corso di definizione sia negli USA sia in altri Paesi – le operazioni in questione vengono da molti ritenute espressione simbolica della distanza siderale esistente tra finanza, specie quella speculativa, ed economia reale. Tuttavia esse potrebbero anche generare, in de-

³⁴ Così, A. Battaglia, *Trader antisistema*, cit.; L. Scipione, *Il caso Gamestop*, cit., *passim*; e più specificamente sul tema dell'educazione finanziaria, *ex multis*, v. U. Morera, *Nuove prospettive per l'educazione finanziaria*, in G. Mollo (a cura di), *Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, «Quaderni Giuridici Consob», 9, 2015, p. 311 ss.; V. Mirra, *Emergenza covid-19: tra interventi per il mercato finanziario e bisogno di semplicità per il cliente. Il virus accelera il fintech e la necessità di educazione finanziaria*, in «Riv. elettr. dir. econ. man.», 2020, p. 197 ss.

³⁵ Arco temporale in cui l'indice S&P 500 è salito di circa il 400%; sul punto, V. Lops, *Saga GameStop*, cit.

terminate condizioni, risvolti inattesi e positivi per ridurre, almeno in parte, questo preoccupante gap. Volendo concedersi una nota di ottimismo, un esito “desiderabile” della speculazione sui titoli bersaglio dello *short selling*, potrebbe sostanziarsi, infatti, nella svolta di tali società verso modelli di *business* più evoluti e adeguati alle caratteristiche del contesto attuale³⁶, soprattutto nel necessario periodo di ripresa economica post pandemica (ad esempio, nel caso di GME, verso l'*e-commerce*); e tale obiettivo, ad esempio, potrebbe essere realizzato attraverso aumenti di capitali diretti a trasformarsi e uscire dalla crisi, utilizzando magari parte di quelle risorse drenate dalle operazioni rialziste coordinate in rete³⁷. In tal modo, si potrebbe riuscire a far procedere di pari passo dinamiche finanziarie e reali con chiari vantaggi per il contesto produttivo e sociale.

Ebbene, non resta che attendere la risposta regolamentare, da una parte, e le condotte dei vari attori del mercato, dall'altra, per verificare se è in atto una concreta inversione di tendenza rispetto ad alcune categorie di riferimento ovvero se le logiche di un certo tipo di finanza tendano ad autoperpetuarsi anche in un contesto di profonda innovazione di strumenti e pratiche operative.

³⁶ Così, V. Lops, *Saga GameStop*, cit.

³⁷ In tal senso anche A. Graziani, *Davide Serra e la rivolta dei trader*, cit.

DOMENICO GIOVANNI RUGGIERO

«I panni sporchi si lavano... in casa»: un'infelice applicazione dell'art. 1218 c.c.

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Gli indumenti come efficace strumento di protezione del lavoratore. – 3. La questione del danno risarcibile.

Una società ad integrale partecipazione della Regione Campania mi ha chiesto di formulare un parere *pro veritate* «...in merito alle eventuali azioni che la società dovrà intraprendere a sua tutela, a seguito della sentenza resa dal Tribunale di Napoli, Sezione Lavoro, che ha condannato» detta società «al pagamento in favore di n. 2 dipendenti di € 272,00 ciascuno a titolo di indennità di lavaggio indumenti».

1. *Il caso*

La questione sottoposta alla mia attenzione riguarda i cosiddetti D.P.I., cioè i dispositivi di protezione individuale dei dipendenti. Non si tratta, quindi, come è agevole comprendere, di semplici indumenti aziendali, ma, ai sensi dell'art. 74, comma 1, del d.lgs. 81/08¹ di «...qualsiasi attrezzatura destinata ad essere indossata e tenuta dal lavoratore allo scopo di proteggerlo contro uno o più rischi suscettibili di minacciarne la sicurezza o la salute durante il lavoro, nonché ogni complemento o accessorio destinato a tale scopo.». La definizione segue pedissequamente quanto precedentemente statuito dall'art. 43, comma 4, lettera a), del d.lgs. 626/94² (norma abrogata dal ricordato d.lgs. 81/08).

¹ Si tratta del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

² Il riferimento è al decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, attuazione delle direttive 89/391/CEE, 89/654/CEE, 89/655/CEE, 89/656/CEE, 90/269/CEE, 90/270/

La sentenza del Tribunale di Napoli, in funzione di Giudice del lavoro, n. 858/2018, pubblicata il 6 febbraio 2018, ha precisato che «...è possibile affermare che tutti gli indumenti con dispositivi fluorescenti (nel caso all'attenzione del Giudicante, tra quelli indicati in ricorso, sono riconducibili alla categoria, il pantalone ad alta visibilità, il giubbotto ad alta visibilità e la giacca ad alta visibilità) possono essere considerati DPI alla luce dell'art. 37 del DPR n. 495/1992³ il quale stabilisce che: "1. Coloro che operano in prossimità della delimitazione di un cantiere o che comunque sono esposti al traffico di veicoli nello svolgimento della loro attività lavorativa, devono essere visibili sia di giorno che di notte mediante indumenti di lavoro fluorescenti e rifrangenti. 2. Tutti gli indumenti devono essere realizzati con tessuto di base fluorescente di colore arancio o giallo o rosso con applicazione di fasce rifrangenti di colore bianco argento. 3. In caso di interventi di breve durata può essere utilizzata una bretella realizzata con materiale sia fluorescente che rifrangente di colore arancio. 4. Le tipologie degli indumenti e le caratteristiche dei materiali fluorescenti, rifrangenti e fluororifrangenti sono stabilite con apposito disciplinare tecnico approvato con decreto del Ministro dei lavori pubblici e da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica"». Si è altresì aggiunto che «...il D.lgs. n. 626/94, agli allegati 4 e 5, come modificati dal D.L. n. 242/96, specifica che sono DPI quegli indumenti ed accessori (bracciali e guanti) fluorescenti di segnalazione, catarifrangenti e stabilisce che gli indumenti fosforescenti devono essere utilizzati per i lavori per i quali è necessario percepire in tempo la presenza di lavoratori.». Infine si è concluso che «...Nel caso di specie, gli indumenti indossati dal ricorrente presentano le caratteristiche tali per riconoscere loro la funzione di DPI...» (pagina 4 della sentenza).

Tale interpretazione era stata accolta, nel vigore del d.lgs. 626/94, dalla Circolare del Ministero del Lavoro in data 26 aprile 1999, n. 34 la quale aveva confermato che «...tra i dispositivi di protezione indi-

CEE, 90/394/CEE, 90/679/CEE, 93/88/CEE, 95/63/CE, 97/42/CE, 98/24/CE, 99/38/CE, 99/92/CE, 2001/45/CE, 2003/10/CE, 2003/18/CE e 2004/40/CE, riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

³ Il decreto è quello del Presidente della Repubblica, 16 dicembre 1992, n. 495, avente ad oggetto il regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo Codice della strada.

viduale rientrano gli indumenti fluorescenti che segnalano la presenza di lavoratori a rischio di investimento...», oltre a quelli di protezione contro il caldo o il freddo e quelli per evitare il contatto con sostanze nocive, tossiche, corrosive o con agenti biologici.

L'attenzione è, dunque, concentrata sul D.P.I. e non interessa, in questa sede, l'analisi della possibilità di contestarne la qualificazione, con riferimento anche ad altri casi ovvero in eventuali, future controversie⁴. In questa prospettiva, rileva, in modo assorbente su di

⁴ Sul punto una recente ordinanza della Corte di Cassazione (Cass., 21 giugno 2019, n. 16749, in *www.plurisonline.it*), ha precisato che la nozione di DPI non deve ritenersi «limitata alle attrezzature appositamente create e commercializzate per la protezione di specifici rischi alla salute in base a caratteristiche tecniche certificate». Essa infatti si estende sino a includere «qualsiasi attrezzatura, complemento o accessorio che possa in concreto costituire una barriera protettiva, sia pure ridotta o limitata, rispetto a qualsiasi rischio per la salute e la sicurezza del lavoratore». Così vi rientrano, ad esempio, le tute assegnate agli operatori ecologici. In questo senso anche Cass., 9 novembre 2021, n. 32865, che ha affermato che è conforme ai principi statuiti da questa Corte (Cass. n. 16749/2019) l'opinione secondo cui, in tema di tutela delle condizioni di igiene e sicurezza dei luoghi di lavoro, la nozione legale di Dispositivi di Protezione Individuale (D.P.I.) non deve essere intesa come limitata alle attrezzature appositamente create e commercializzate per la protezione di specifici rischi alla salute in base a caratteristiche tecniche certificate, ma va riferito a qualsiasi attrezzatura, complemento o accessorio che possa in concreto costituire una barriera protettiva rispetto a qualsiasi rischio per la salute e la sicurezza del lavoratore, in conformità con l'art. 2087 c.c. *Contra* Cass., Sez. Lav., 5 marzo 2014, n. 5176, secondo la quale «...Per poter essere considerati dispositivi di protezione individuale a norma dell'art. 40 del D.lgs. n. 626 del 1994 e per far sorgere il conseguente obbligo di fornitura, manutenzione e sostituzione, gli indumenti forniti dal datore di lavoro devono essere idonei allo scopo protettivo da rischi per la salute...». Il lavoratore ricorrente assume violato dal Comune di Napoli l'obbligo di sostituire e lavare le tute da lavoro messe a disposizione del personale addetto alla manutenzione del verde cittadino, assumendo che tale vestiario rientrerebbe negli indumenti da lavoro di cui all'art. 40 del d.lgs. n. 626 del 1994 in funzione del riconoscimento del conseguente obbligo a carico dell'ente di fornirne di nuove in sostituzione di quelle usurate e di provvedere al loro lavaggio. L'oggetto della domanda, da cui scaturisce il provvedimento, non è dunque la sussistenza dell'obbligo da parte del Comune di predisporre e fornire adeguati dispositivi per la protezione degli addetti al giardinaggio pubblico, quanto l'obbligo di fornire e sostituire le tute di stoffa con cadenza periodica, al fine di sollevare i dipendenti dall'onere di provvedere autonomamente alla loro pulizia. Ciò sulla base del presupposto, dalla Corte poi ritenuto erroneo, che le tute di stoffa rientrerebbero nella categoria dei dispositivi di protezione individuale di cui all'art. 40 citato. È dunque decisiva la conclusione della Corte di legittimità, la quale fon-

ogni altra questione, la decisione citata che ha qualificato come D.P.I., gli indumenti dei dipendenti/ricorrenti, per le ripercussioni che essa potrebbe avere sulla società regionale, e per rintracciare eventuali iniziative da assumere a protezione dell'interesse della società, per il caso che sembra si stia verificando, che altri dipendenti chiedano all'Azienda e, eventualmente, all'Autorità giudiziaria la stessa tutela. In questo senso, infatti, vanno lette le comunicazioni di alcuni avvocati e, soprattutto, la lettera dei sindacati che chiedono «...una riunione urgente per la trattazione in sede amichevole della questione [...]

dando la propria argomentazione sulla definizione legale dei DPI e sull'esclusione dell'idoneità delle tute di stoffa a rientrare nella stessa, esclude la prospettabilità di un danno risarcibile, per mancata sostituzione e manutenzione degli indumenti in oggetto, nonché di un obbligo di indennizzo. La giurisprudenza di Cassazione si è più volte soffermata sulla distinzione tra indumenti di lavoro con mera funzione di protezione degli indumenti personali e DPI, nonché sui termini dell'obbligo incombente sul datore di lavoro di cui al comma 4, art. 43, d.lgs. cit., a norma del quale «il datore di lavoro [...] mantiene in efficienza i DPI e ne assicura le condizioni d'igiene, mediante la manutenzione, le riparazioni e le sostituzioni necessarie». In particolare, a giustificare la pretesa del lavoratore di ricevere tale tipo di strumenti di protezione, è stata considerata la tipologia dell'attività lavorativa espletata quale, ad esempio, l'adibizione a mansioni di nettezza urbana (Cass., 14 novembre 2005, n. 22929, in «Giust. civ. Mass.», 2005, pp. 7 e 8) o l'obbligo, indipendentemente dalle circostanze sostanziali, discendente da una previsione contrattuale (Cass. 26 agosto 2013, n. 19758, in *www.plurisonline.it*), o, infine, l'obbligo derivante dalla constatazione da parte del giudice di merito, della circostanza nota per la quale l'attività di pulizia in spazi aperti e frequentati dal pubblico, esporrebbe gli addetti alla pulizia stessa a sostanze organiche e spazzatura che impongono una protezione (Cass. 7 agosto 2014, n. 17763, in *www.plurisonline.it*). La pretesa della successiva manutenzione dei dispositivi, quale può essere il lavaggio, deriverebbe dalla verifica dell'attività in concreto svolta dal prestatore di lavoro, la quale, valutata secondo le regole comuni d'esperienza, può far presumere che nel caso di adibizione a mansioni di pulizia, le tute necessitino di lavaggi frequenti (Cass., 20 maggio 2009, n. 11729, in «Giust. Civ. Mass.», 2009, 5, p. 800). La decisione di Cass. 5176/2014 appare vicina, per similarità delle fattispecie, a una serie di pronunce di poco successive (tra le quali Cass. 7 agosto 2014, n. 17763 e Cass., 8 agosto 2014, n. 17833, in *www.plurisonline.it*). In dottrina sul punto cfr. M. Vincieri, *Sull'obbligo del lavaggio degli indumenti da lavoro considerati quali dispositivi di protezione individuale e sulle conseguenze in caso di inadempimento* (nota a App. Milano 14 luglio 2008), in «Riv. it. dir. lav.», 2009, 2, p. 370; A. Bussolaro, *L'inidoneità delle tute di stoffa alla funzione protettiva da agenti esterni e la loro esclusione dalla categoria dei dispositivi di protezione individuale*, in «ADL», 2014, 6, p. 1479.

onde evitare onerose spese legali...» e «...il pagamento della parte economica per tutti gli operai...», a titolo di indennità aggiuntiva.

Sul punto, però, non va trascurato che il lavaggio ed i conseguenti oneri economici, eventualmente sopportati dal lavoratore, non devono essere dedotti in via assolutamente generica⁵. Il lavoratore non può, in questo senso, affermare di non aver potuto conservare le ricevute delle lavanderie idonee a provare l'avvenuto lavaggio a sue spese. A tale carenza non può seguire quella successiva che si concreta nel non indicare, neanche nel capo di prova relativo al lavaggio presso lavanderie, l'esercizio o gli esercizi presso i quali avrebbe provveduto al detto lavaggio⁶.

2. *Gli indumenti come efficace strumento di protezione del lavoratore*

Non v'è dubbio che il datore di lavoro sia tenuto, tanto a fornire i D.P.I. ai lavoratori subordinati, tanto a garantire che essi conservino, nel corso di tutto il rapporto di lavoro, la capacità di difesa da ciascun pericolo per la sicurezza o da tutti i rischi provenienti da agenti peri-

⁵ In proposito, conformemente ai consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in materia, alla stregua degli artt. 1218, 1223 e 2697 c.c., nell'ipotesi di responsabilità contrattuale, come in quella di responsabilità extracontrattuale, spetta a chi ha subito il danno, fornire la prova della sua sussistenza e della riconducibilità del fatto illecito al debitore. Il principio secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento ovvero per la risoluzione del contratto ovvero per il risarcimento del danno, deve provare soltanto la fonte, negoziale o legale, del suo diritto, vale per l'inadempimento dell'obbligazione e non per il danno ad esso conseguente. Perciò, anche in tema di inadempimento dell'obbligo legale di lavaggio dei DPI, l'allegazione dei fatti non deve essere generica ed è indispensabile la prova conseguente degli stessi. Cfr. Tribunale di Napoli, 3 dicembre 2019, n. 8080, non pubblicata, che sembra aver aderito a questi principi. Il Giudice del lavoro considera, infatti, infondata la domanda di risarcimento danni, asserendo che gli attori non hanno precisato affatto «...se l'operazione di lavaggio richieda un'ora per ciascun DPI o per la deterzione di tutti insieme [...] non è detto se il lavaggio, che si deduce essere effettuato presso il proprio domicilio, sia a mano o con macchina-lavatrice, così come non è dato comprendere se il danno di cui si chiede il risarcimento sia da imputare all'usura della macchina, o al consumo di energia elettrica, di acqua e di detersivi o al dispendio di energie fisiche. Né si chiarisce la ragione oggettiva perché vi si debba provvedere ogni settimana...».

⁶ Corte di Appello di Napoli, Sezione Lavoro, 11 giugno 2008, in *www.plurisonline.it*, ma vedi anche Cass., Sezione lavoro, 17 giugno 2015, n. 12464, in «Quotidiano giur.», 2015.

colosi per la salute. Per effetto, infatti, dell'art. 32 della Costituzione non si può prescindere dalla tutela della salute del lavoratore, quale oggetto di autonomo diritto primario, assoluto di ciascun consociato, nello svolgimento della sua personalità⁷ e quindi anche nell'esecuzione della prestazione di lavoro subordinato. A questo fine, il datore di lavoro non solo deve assicurare la idoneità degli indumenti di protezione che sono messi a disposizione dei lavoratori subordinati, fin dall'inizio del rapporto, ma deve anche garantire che tale idoneità sussista al momento della consegna degli indumenti stessi e durante l'intero periodo di esecuzione della prestazione di lavoro⁸.

Nella sentenza n. 11139 del 5 novembre 1998⁹, la Cassazione aveva già affermato che «...l'idoneità degli indumenti di protezione, come sopra imposta dall'art. 379 [del D.P.R. 457/55], essendo la norma finalizzata alla tutela della salute [...], deve sussistere [...] durante l'intero periodo di esecuzione della prestazione di lavoro, perché solo in tal modo si consegue lo scopo della norma che, nella concreta fattispecie, è quello di prevenire l'insorgere e il diffondersi di infezioni, per effetto dell'uso di mezzi protettivi connesso alla stessa durata della prestazione di lavoro...»¹⁰.

Oggi, la norma vigente dell'art. 77, comma 4, lettera a), del d.lgs. 81/08 recita: «Il datore di lavoro mantiene in efficienza i D.P.I. e ne assicura le condizioni di igiene, mediante la manutenzione, le riparazioni e le sostituzioni necessarie e secondo le eventuali indicazioni fornite dal fabbricante».

⁷ Che la persona fisica sia al centro dei valori costituzionali non v'è dubbio in giurisprudenza e dottrina. V. per tutti, P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Camerino-Napoli, 1970, p. 70 ss., nonché Id., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, spec. p. 12 ss., 150 ss.; Id., *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in «Riv. dir. comm.», 1969, I, p. 24 s.; Id., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in «Dir. giur.», 1975, p. 826 ss., ora in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 34 s. V. anche P. Perlingieri e P. Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 5 ss.

⁸ Cfr., da ultimo, Cass., 28 aprile 2015, n. 8585, in «Foro it.», 2015, 9, 1, c. 2774.

⁹ Cass., 5 novembre 1998, n. 11139, in «Danno e Resp.», 1999, 3, p. 346.

¹⁰ Nello stesso senso è la giurisprudenza successiva: Cass., 13 ottobre 2006, n. 22049, in www.plurisonline.it, Cass., 4 settembre 2007, n. 18573, in www.plurisonline.it, Cass., 23 giugno 2010, n. 15202, in www.plurisonline.it e Cass., 14 ottobre 2014, n. 21658, in *Foro it.*, 2015, 2, 1, c. 537.

Da quanto precede è agevole desumere che, essendo il lavaggio indispensabile per mantenere gli indumenti in stato di efficienza, il datore di lavoro non può non farsene integrale carico. È altrettanto evidente che il datore di lavoro che non provvede al lavaggio dei D.P.I. pone in essere una condotta che viola, palesemente la norma dell'art. 77, comma 4, lettera a) del citato decreto legislativo. In questa prospettiva, sul piano civilistico, egli è responsabile di tutte le conseguenze negative che derivano dalla indicata condotta antiggiuridica e colpiscono, in modo consequenziale e diretto (art. 1223 c.c.), il lavoratore subordinato. In questi termini, quest'ultimo ha diritto al risarcimento del danno subito¹¹, secondo gli artt. 1218 e seguenti del c.c.

¹¹ L'obbligazione di ristorare il danno è l'effetto in cui si identifica la responsabilità del diritto civile: non soltanto la responsabilità civile, la quale nel linguaggio invalso è sinonimo di responsabilità aquiliana, ma anche la responsabilità da inadempimento. La responsabilità civile, in altri termini, consiste nel risarcimento del danno. Ne fa fede la disciplina del risarcimento che, sull'esempio del BGB, il codice civile italiano detta agli articoli 1223 ss. all'interno delle regole sull'inadempimento, e alla quale l'art. 2056 c.c., in generale, fa rinvio rendendola applicabile anche in materia di responsabilità extracontrattuale, con ciò convogliando in un unico effetto le due specie fondamentali del fatto giuridico dannoso. È da rilevare che tale rinvio manca nel BGB, ma i §§ 249 ss. si applicano direttamente anche ai fatti illeciti: poiché il § 823 prevede come conseguenza del fatto illecito il risarcimento del danno, e poiché questo trova in quel codice disciplina ai §§ 249-253, l'applicazione di queste norme viene ritenuta implicita. Rispetto a questa rappresentazione unitaria l'indicazione che proviene dal codice civile francese su questo terreno, sembra suggerire una separazione netta tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana. Nel *Code* l'art. 1151 è dettato con riferimento all'inadempimento dell'obbligazione contrattuale. Per quanto attiene ai fatti illeciti, l'art. 1382 non fa parola di «*dommages et intérêts*», ma prevede che colui il quale cagiona ad altri un danno è obbligato «*à le réparer*». V. sul punto C. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, in «Riv. dir. civ.», 2006, p. 81 ss. il quale, considerando che il modello delle conseguenze immediate e dirette potrebbe rimanere limitato all'ambito originario suo proprio, costituito dalla responsabilità contrattuale, ha avanzato forti dubbi sulla consistenza della scelta del legislatore di tenere unita la disciplina in materia di responsabilità. «...Tanto questo è vero, che la giurisprudenza *expressis verbis* afferma la risarcibilità di conseguenze mediate [...]. Il punto più significativo di questa totale mancanza di riguardo per la lettera della legge credo sia rappresentato dall'affermazione delle Sezioni Unite [Cass., 26 gennaio 1971, n. 174, in «Foro it.», 1971, I, p. 352] in materia di responsabilità aquiliana nel caso “Meroni”, secondo la quale il nesso immediato e diretto di cui all'art. 1223 non può aprioristicamente escludersi quando si tratta di un danno che nella sfera del creditore si produce “per il tramite della lesione del debitore alla propria vita” ad opera del terzo».

In tema di illecito, la violazione di situazioni giuridiche assolute, che è, in astratto, prerogativa del modello di responsabilità extracontrattuale, può trovare fondamento anche nell'ambito dell'esecuzione di un rapporto contrattuale.¹² Quando, cioè, da un contratto derivino a carico di una delle parti, danni, non giustificabili in base alle obbligazioni assunte e, comunque, al piano degli interessi negoziali, entra in gioco il rimedio aquiliano, salvo poi puntualizzare il confine del rischio contrattualmente assunto, il cui superamento consente il ricorso alla norma dell'art. 2043 c.c.¹³ Il comportamento dannoso non dovrà, quindi, valutarsi alla stregua del generico dovere di *neminem laedere*, ma della norma contrattuale regolatrice della condotta¹⁴. Così, l'inadempimento delle obbligazioni discendenti da un contratto può determinare conseguenze idonee a travalicare i confini del rapporto che le parti avevano posto in essere, per incidere su situazioni soggettive diverse, riconducibili alla sfera giuridica dell'una o dell'altra parte¹⁵, configurandosi in tali casi un concorso¹⁶ di responsabilità contrattuale ed aquiliana. Un cumulo¹⁷ di rimedi sorge solo se essi

¹² R. Sacco, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in G. Vintini (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 159 ss., il quale non solo parla di concorso, quando la stessa condotta del debitore, oltre che contraria all'obbligazione dedotta in contratto, violi un diritto soggettivo assoluto, ma affronta la delicata e rilevante ipotesi in cui la responsabilità aquiliana prescinde dalla lesione di un diritto assoluto. Nonostante la profonda divaricazione esistente, sul piano operativo, le soluzioni, rispettivamente adottate, tendono a coincidere. Così, G. Ponzanelli, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in «Resp. civ.», 1984, p. 41 ss.

¹³ G. Alpa e M. Bessone, *I fatti illeciti*, in P. Rescigno (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, 14, Torino, 1982, p. 235.

¹⁴ Cfr. P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 894.

¹⁵ Cfr. G. Ponzanelli, *op. ult. cit.*, p. 41 ss., il quale ha sottolineato che, nell'ordinamento italiano, la possibilità del concorso è stata analizzata esclusivamente nell'ipotesi di un soggetto, parte di un contratto: mai, invece, nella direzione opposta, di una persona che danneggiata da un fatto illecito, richiede l'applicazione di regole contrattuali.

¹⁶ Cfr. P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 894.

¹⁷ Così, giustamente, P.G. Monateri, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989, p. 4 ss. Meno recente, A. Ravazzoni, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, II, Milano, 1973, p. 987. In realtà, in dottrina la questione è molto discussa: alla tesi dell'unicità dell'azione, sia pure con una diversa

sono – operazionalmente – distinguibili, così che per qualche aspetto del regime disciplinare, l'uno risulta migliore dell'altro, per la vittima del danno.

In ogni caso, sia nell'ipotesi di responsabilità extracontrattuale, che in quella di responsabilità contrattuale, spetta al danneggiato fornire la prova dell'esistenza del danno lamentato, e della sua riconducibilità al fatto del debitore. A tal fine l'art. 1218 c.c., che pone una presunzione di colpevolezza dell'inadempimento¹⁸, non agevola la

qualificazione della *causa petendi*, a secondo della conformazione dell'iniziativa giudiziaria, corrisponde la teoria del concorso di azioni, caratterizzate da una profonda differenza di *petitum* e *causa petendi*. Per la prima impostazione si veda G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale*, Napoli, 1960, I, p. 325 ss.; A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, p. 116. Cfr., per la seconda opinione, E. Russo, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in «Riv. trim. dir. civ. e proc. civ.», 1950, p. 965 ss.; R. Scognamiglio, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *NDI*, XV, Torino, 1968, p. 679 e, più di recente, C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985. Per C.M. Bianca, *Diritto civile, La responsabilità civile*, V, Milano, 1994, p. 553, il concorso di responsabilità si traduce in un concorso di azioni, senza che l'esercizio di un'azione equivalga a rinuncia all'altra, di modo che il rigetto di una domanda per prescrizione non esclude che il danneggiato possa proporre l'altra azione, per la quale il termine di prescrizione del diritto azionato non sia ancora spirato.

¹⁸ Cass., sez. unite, 30 novembre 2001, n. 13533, in *www.plurisonline.it*. In realtà, in dottrina ed in giurisprudenza è controverso se incomba sul creditore anche la prova dell'inadempimento. Secondo un primo orientamento, riconducibile a G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 794 ss. ed E. Russo, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965, p. 195 ss. e ad alcune pronunce della S.C. (per tutte Cass., 1968, n. 2024 e, da ultimo, Cass., 1997, n. 124), in materia di obbligazioni contrattuali, l'onere della prova dell'inadempimento incombe sul creditore, che è tenuto a dimostrarlo, oltre al contenuto della prestazione stessa, mentre il debitore, solo dopo tale prova, è tenuto a giustificare l'inadempimento che il creditore gli attribuisce. Infatti, ai fini della ripartizione di detto onere, si deve avere riguardo all'oggetto specifico della domanda, talché, a differenza del caso in cui si chieda l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, e cioè l'esistenza del contratto, e, quindi, dell'obbligo che si assume inadempito, nell'ipotesi in cui si domandi invece la risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'obbligazione, l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti, in funzione delle quali esso assume giuridica rilevanza, spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa, solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento. Secondo un altro indirizzo (C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*,

posizione del danneggiato in ordine alla prova dell'effettiva esistenza del danno derivante dall'inadempimento, onere che non è diverso da quello incombente su colui che faccia valere una responsabilità extracontrattuale¹⁹. Il principio secondo il quale il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte, negoziale o legale, del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, si può predicare, solo con riferimento alla prova dell'inadempimento di un'obbligazione²⁰, e non già del danno che all'inadempimento me-

Art. 1218-1229 c.c., in *Commentario al codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1967, p. 164 ss. e per tutte Cass., sez. unite, 30 novembre 2001, n. 13533, cit.), l'azione di risoluzione per inadempimento prevista dall'art. 1453 c.c. e quelle di adempimento e di risarcimento dei danni previste anch'esse da detta norma hanno in comune il titolo ed il vincolo contrattuale di cui si deduce la violazione ad opera dell'altro contraente, sicché alla parte che le propone non può addossarsi altro onere, a norma dell'art. 2697 c.c., che di provare l'esistenza di quel titolo e, quindi, l'insorgenza di obbligazioni ad esso connesse, incombendo sulla controparte, invece, l'onere della prova di avere adempiuto. In questo senso deporrebbe proprio la norma fondamentale dell'onere della prova, proprio perché richiede all'attore la prova del diritto fatto valere e al convenuto la prova della modificazione o dell'estinzione del diritto stesso, lasciando emergere la cosiddetta *presunzione di persistenza del diritto*.

¹⁹ Cass., 18 marzo 2005, n. 5960, in *www.plurisonline.it*, la quale ha evidenziato che «...Nella responsabilità contrattuale, non diversamente dalla responsabilità aquiliana, spetta al danneggiato fornire la prova sia dell'esistenza del danno lamentato, sia della sua riconducibilità al fatto (e quindi all'inadempimento) del debitore. L'art. 1218 c.c., se pone una presunzione di colpevolezza dell'inadempimento, non agevola la posizione "del danneggiato", per quanto attiene all'onere di provare l'effettiva esistenza del danno derivante dall'inadempimento, onere che non è diverso da quello incombente su colui che faccia valere una responsabilità extracontrattuale...». Cfr. già Cass., 5 marzo 1973, n. 608, in «Giur. it. Rep.», 1973, «*Danni per inadempimento di contratto*», n. 2, secondo la quale «...il diritto al ristoro dei danni [...] nasce soltanto col verificarsi di un pregiudizio effettivo e reale, incidente nella sfera patrimoniale del contraente danneggiato, il quale [...] deve fornire la prova del pregiudizio e dell'entità dello stesso...». Di recente, Cass., 8 ottobre 2019, n. 25168 e Cass., 2 settembre 2019, n. 21939, entrambe in *www.plurisonline.it*.

²⁰ Cass., 3 dicembre 2015, n. 24632, in *www.plurisonline.it*, che ha precisato che «...il danno patrimoniale da mancato guadagno (nella specie di cui alla massima precisata per omessa consegna dell'immobile permutato), concretandosi nell'accrescimento patrimoniale effettivamente pregiudicato o impedito dall'inadempimento dell'obbligazione contrattuale, presuppone la prova, sia pure indiziaria, dell'utilità patrimoniale

desimo sia conseguito²¹. Ai sensi dell'art. 2697 c.c., che pone la regola generale sull'onere della prova, chi vuol far valere un diritto in giudizio, deve provarne i fatti che ne costituiscono il fondamento. L'applicazione di questa norma impone sicuramente a carico del creditore la dimostrazione del rapporto obbligatorio²²: quest'ultimo soggetto, perciò, deve dare la prova dell'esistenza dell'obbligo principale e della scadenza del termine, ai fini dell'inadempimento, e quella degli effetti negativi della mancata esecuzione ovvero della mancata corretta esecuzione della prestazione contrattuale, ai fini del risarcimento.

3. *La questione del danno risarcibile*

La sentenza del Tribunale di Napoli ha rilevato che «...è indubbio che il datore di lavoro che non ha provveduto all'adempimento dell'obbligazione a suo carico è tenuto a risarcirne il danno ex art. 1218 c.c....». In modo corretto, cioè, il Giudicante ha individuato una condotta antigiuridica, la violazione dell'obbligo di legge, ed ha applicato il modello dell'illecito contrattuale. In questo senso, il Tribunale si è adeguato all'indirizzo dominante secondo il quale il pregiudizio che il lavoratore, nel corso dell'esecuzione delle sue funzioni, riceva per effetto della violazione di disposizioni di legge, incombenti sul datore di lavoro, integra un'ipotesi di responsabilità da inadempimento.

La Corte di Cassazione ha sostenuto che il prestatore di lavoro che chieda la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno

che, secondo un rigoroso giudizio di probabilità (e non di mera possibilità) il creditore avrebbe conseguito se l'obbligazione fosse stata adempiuta, e deve pertanto escludersi per i mancati guadagni meramente ipotetici, dipendenti da condizioni incerte: giudizio probabilistico, questo, che, in considerazione della particolare pretesa, ben può essere equitativamente svolto in presenza di elementi certi offerti dalla parte non inadempiente, dai quali il giudice possa sillogisticamente desumere l'entità del danno subito...». Vedi anche Cass., 20 maggio 2011, n. 11254, in *www.plurisonline.it*.

²¹ La dottrina non sembra dubitare del fatto che il nesso di causalità e l'esistenza del danno debbano essere provati dal creditore il quale deve allegare la prova delle componenti economiche dell'evento lesivo, cioè la perdita effettiva e il mancato guadagno. Cfr., per tutti, P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 365; C.M. Bianca, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, p. 163 ss.

²² Per tutte, Cass., 31 ottobre 1964, in «Foro it. Mass.», 1964, n. 2635.

è tenuto ad indicare in maniera specifica il tipo di danno che assume di aver subito ed a fornire la prova dei pregiudizi in concreto scaturiti e del nesso di causalità con l'inadempimento²³.

Nella determinazione del danno "risarcibile", il Giudice napoletano ha utilizzato la «...cosiddetta equità giudiziale correttiva od integrativa...»; ha ritenuto «...congruo provvedere al loro lavaggio [cioè a quello dei D.P.I.] una volta alla settimana...»; ha considerato «...equo...» quantificare il costo di ciascun lavaggio nella misura di euro 4,00 e quindi in euro 16 al mese («...€ 4 per ciascun lavaggio per quattro settimane...», vedi pagina 6 della sentenza). In conclusione ha condannato la società ad integrale partecipazione della Regione Campania a risarcire il danno corrispondente ai mancati lavaggi per il periodo indicato dal ricorrente.

Non mi sembra però che il risultato del ragionamento possa condividersi, essendo censurabili alcuni dei suoi passaggi logici.

Nel paradigma del fatto illecito, infatti, ciò che può essere risarcito è l'effetto negativo che sia conseguenza immediata e diretta di un comportamento antiggiuridico²⁴, in una relazione di causalità adeguata tra fatto ed effetto. Si reputano, in altri termini, conseguenze collegate da un nesso di causalità giuridicamente rilevante quelle che in base alla comune esperienza era oggettivamente presumibile derivassero dall'azione²⁵. Per stabilire la sussistenza del nesso causale

²³ Cfr. la recente ordinanza di Cass., 17 giugno 2015, n. 12464, in *www.plurisonline.it*, secondo la quale l'art. 2087 c.c. non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto la responsabilità del datore di lavoro va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o dalle tecniche del momento. Incombe sul lavoratore che lamenti di avere subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di provare l'esistenza di tale danno, come pure la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l'uno e l'altro. Solo se il lavoratore abbia fornito la prova di tali circostanze sussiste per il datore di lavoro l'onere di provare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno e che la malattia del dipendente non è ricollegabile alla inosservanza di tali obblighi. Si veda anche Cass., 6 dicembre 2005, n. 26666, in *www.plurisonline.it*.

²⁴ L'art. 1223 c.c., richiamato dall'art. 2056 c.c., parla proprio di "conseguenze immediate e dirette".

²⁵ Peraltro, nel ricercare una causalità adeguata, non va neppure seguito un criterio di stretta limitazione. Ciò vuol dire che, ritenendosi di seguire una valutazione qualitativa dei vari fattori causali, il giudice potrà ammettere anche le conseguen-

tra fatto dannoso ed evento di danno, il giudice non può fare ricorso alla causalità naturalistica intesa in senso stretto (il che porterebbe a ritenere “causa” di un evento tutta la sterminata serie di precedenti senza i quali il fatto non si sarebbe potuto verificare – c.d. teoria della *condicio sine qua non*²⁶); né alla causalità statistica (impossibile da applicare per la mancanza di rilevazioni oggettive); né alla propria intuizione, anche se fondata sulla logica²⁷. Per accertare il suddetto nesso eziologico il giudice deve invece valutare tutti gli elementi della fattispecie al fine di stabilire se il fatto era obiettivamente e concretamente idoneo a produrre l’evento (cfr. già Cass., 9037/98²⁸). Così,

ze dannose del fatto che, pur non essendo dallo stesso causate, in una valutazione complessiva ne costituiscono una presumibilmente necessaria derivazione, secondo quello che si chiama principio della regolarità causale.

²⁶ Si identifica, cioè, la causa in tutti quegli antecedenti senza dei quali un dato effetto non si verifica. A questa teoria sembra far riferimento qualche massima della giurisprudenza di legittimità. Cfr., per esempio, Cass., 19 gennaio 1973, n. 201, in «Giur. it. Mass.», 1973, p. 62, secondo la quale in presenza di un evento dannoso tutti gli antecedenti senza i quali quell’evento non si sarebbe verificato devono essere considerati causa di esso, senza che sia dato distinguere tra quelli che hanno operato in via diretta e prossima e quelli che hanno avuto influenza soltanto indiretta e remota. Si vedano anche le più recenti sentenze di Cass., 19 luglio 2005, n. 15321, di Cass., 4 maggio 2004, n. 8457, di Cass., 15 febbraio 2003, n. 2312 e Cass., 17 luglio 2002, n. 10382, tutte in *www.plurisonline.it*. Questa teoria non distingue tra antecedenti prossimi e lontani e contrasta quindi col principio legislativo dell’immediatezza. Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., p. 129.

²⁷ Cfr. O. Di Giovine, *Probabilità statistica e probabilità logica nell’accertamento del nesso di causalità*, in «Cass. pen.», 2008, p. 2151.

²⁸ Cass., 11 settembre 1998, n. 9037, in «Danno e resp.», 1998, 12, p. 1158. Il nostro ordinamento ha adottato il criterio di una “causalità adeguata”, ovvero di una “regolarità causale”: sono risarcibili soltanto i danni che secondo il normale svolgimento dei fatti possono essere considerati come conseguenza dell’inadempimento o del ritardo. La teoria dell’adeguatezza ha avuto le principali adesioni da parte della dottrina penalistica: cfr., tra gli altri, F. Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960, p. 105. Nella dottrina civilistica, cfr. S. Patti, *Danno patrimoniale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, V, p. 90. P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 365, evidenzia che all’espressione letterale (“conseguenza immediata e diretta”: 1223) si è dato un significato meno restrittivo: sono risarcibili anche i danni “mediati e indiretti”, purché rientrino nella serie delle conseguenze normali ed ordinarie del fatto. In questo senso, Cass., 9 maggio 2000, n. 5913, in «Danno e resp.», 2000, 10, p. 1021 e Cass., 4 luglio 2006, n. 15274, in «Contratti», 2007, 6, p. 543.

secondo la più recente giurisprudenza di legittimità²⁹, il nesso causale è destinato inevitabilmente a risolversi entro i confini di una dimensione storica, o, se si vuole, di politica del diritto, che, come si è da più parti osservato, di volta in volta individuerà i termini dell'astratta riconducibilità delle conseguenze dannose delle proprie azioni in capo all'agente, secondo un principio guida che potrebbe essere formulato, all'incirca, in termini di rispondenza, da parte dell'autore dell'illecito, delle conseguenze che "normalmente" discendono dalla sua condotta, a meno che non sia intervenuto un fatto nuovo rispetto al quale egli non ha il dovere o la possibilità di agire. In questo modo, il nesso causale diviene la misura della relazione probabilistica concreta (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento e danno, da ricostruirsi anche sulla base della norma violata. Ora nel caso che ci riguarda il danno che può provenire dal mancato lavaggio del D.P.I. è un pregiudizio alla salute del dipendente il quale, per effetto della inidoneità alla protezione dell'indumento a lui consegnato dall'azienda, abbia contratto una malattia ovvero abbia conseguito un qualsiasi tipo di sofferenza. In questa ipotesi, il pregiudizio alla salute sarà risarcito, nei limiti della prova che potrà essere apprezzata, anche in termini equitativi. È, infatti, la salute del lavoratore che il comportamento dell'imprenditore può pregiudicare, in concreto, e non in via semplicemente astratta e/o prudenziale. Il codice civile non contempla il caso di un danno che potrebbe prodursi, ma che non si produce; sanziona il pregiudizio concreto alla persona e/o ai suoi familiari ovvero alle cose della persona. Così, ad esempio, se portando un passeggero in motocicletta, senza casco, costui si rompe la testa, in seguito ad una caduta, il conducente è tenuto a risarcire il pregiudizio che il passeggero abbia sofferto per il costo delle cure, per l'inerzia forzata, per l'eventuale lesione permanente e così via. Non gli sarà imposto un risarcimento danni, solo per non aver fatto indossare il casco, in violazione di un obbligo di legge, per il potenziale pericolo alla integrità psico-fisica del passeggero.

L'onere del lavaggio del D.P.I. costituisce l'oggetto della prestazione del datore di lavoro; integra, in altri termini, l'adempimento dell'obbligazione posta dalla legge a suo carico. Il Giudicante del

²⁹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in «Corriere del Merito», 2008, 6, p. 694.

caso di specie, ha ritenuto, invece, di risarcire l'inadempimento, in mancanza di danno ed ha offerto, come «*pretium doloris*», l'importo corrispondente al costo del lavaggio. In altri termini, ha sanzionato l'inadempimento, per sé stesso, ha "risarcito" il valore della prestazione mancata. Nel caso di specie, l'unico interesse del creditore che poteva essere tutelato riguardava l'esecuzione della prestazione di lavaggio del DPI, anche attraverso l'adempimento coattivo. Non si può certo pretendere un risarcimento, neanche in forma specifica³⁰, in mancanza di danno.

L'interesse del creditore alla salute non è stato, comunque, soddisfatto. In primo luogo, solo aziende professionali di lavaggio industriale sono in grado di garantire una efficace pulizia e, se necessario, l'igienizzazione dei D.P.I. Nella maggior parte dei casi si ha a che fare con residui di polveri o olio, che possono essere rimossi con una normale lavaggio, ma nei casi di residui organici o chimici può essere necessaria un'igienizzazione con prodotti detergenti specifici, non a uso domestico³¹. Inoltre, l'attività di manutenzione eseguita attraverso il lavaggio deve essere effettuata in modo tale da preservare le caratteristiche tecniche specifiche dei D.P.I., in modo tale che essi mantengano intatta la capacità di protezione della salute di quel determinato lavoratore. Il che comporta che tali operazioni non possano essere compiute secondo le ordinarie procedure di lavaggio, a casa ovvero presso le normali lavanderie, ma debbano essere affidate a ditte specializzate che possano attestare, in concreto, non solo la corretta igienizzazione, ma soprattutto la conservazione delle qualità protettive di ciascun indumento. La soluzione adottata potrebbe pertanto pregiudicare sia il lavoratore che il datore di lavoro: l'igienizzazione potrebbe non

³⁰ Dopo una iniziale resistenza ad estendere il risarcimento in forma specifica al campo contrattuale (v., per tutti, R. Scognamiglio, *Il risarcimento del danno in forma specifica in materia contrattuale*, in «Riv. trim. dir. proc. Civ.», 1957, p. 230, nt. 78), la giurisprudenza di legittimità (Cass., 3 gennaio 1994, n. 6, in «Foro it.», 1994, I, c. 1783 e, più di recente, Cass., 17 giugno 2015, n. 12582, in «Giust. civ. Mass.», 2015) e la dottrina (per tutti, P.G. Monateri, *Il risarcimento in forma specifica*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, I, *Illecito e responsabilità civile*, Torino, 2005, p. 264 ss.) sanciscono il carattere generale dell'azione di risarcimento in forma specifica di cui all'art. 2058 c.c.

³¹ A tanto sembra giungere successivamente alla sentenza che si commenta, il Giudice del lavoro di Napoli, con la sentenza del 3 dicembre 2019, n. 8080, cit., p. 6.

garantire che l'indumento, conservando le proprie caratteristiche tecniche, continui ad essere idoneo a tutelare la sicurezza e la salute del lavoratore³². Sotto altro aspetto “*il lavaggio in casa*” potrebbe essere pregiudizievole al datore di lavoro non solo per la concreta possibilità che l'indumento, perse le caratteristiche tecniche sue proprie, debba essere sostituito con uno nuovo, ma anche perché la condotta del lavoratore il quale porta con sé il D.P.I. potrebbe esporre anche i familiari ai rischi derivanti dagli agenti che sporcano i D.P.I., se essi vengono in qualsiasi modo in contatto con le tute da lavare.

³² Così, Trib. Napoli, 3 dicembre 2019, n. 8080, cit., p. 7, secondo il quale «...la manutenzione dei dispositivi di protezione deve essere conforme alle norme tecniche, giacché risulta facilmente intuibile che il lavaggio fatto senza le dovute cautele e prescrizioni, nonché con frequenze non compatibili con i materiali di fabbricazione, ne potrebbe finanche accelerare il degrado e quindi peggiorare lo stato di efficienza, inducendo, colposamente, il datore di lavoro a provvedere alla sostituzione con tempestività non prevista dalle note tecniche o eccessivamente onerosa...».

MAURO PINTO

Osservazioni in tema di politiche attive del lavoro e *Activation*: un'introduzione

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le origini delle politiche attive nelle strategie per l'occupazione dell'OCSE e dell'Unione Europea. – 3. Politiche attive del lavoro e *Activation*: uno sguardo alla letteratura. – 4. Le diverse traiettorie di spesa. Italia ed Europa a confronto. – 5. Alcune considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il “*Jobs act*”, l'istituzione dell'ANPAL e l'introduzione del c.d. “Reddito di cittadinanza” hanno recentemente riacceso l'interesse pubblico per le politiche attive del lavoro. In considerazione della quota di risorse pubbliche loro destinate e dell'importanza attribuita tanto dall'OCSE, quanto dall'Unione Europea, questa rinnovata attenzione rappresenta un segnale positivo, perché offre una spinta all'emersione delle debolezze peculiari del sistema italiano ed al superamento delle principali criticità delle politiche attive rivolte al mercato del lavoro, che ne hanno contraddistinto il dibattito fin dalla loro prima introduzione¹. Nella più comune accezione, le politiche attive del lavoro sono un insieme di programmi di spesa il cui principale obiettivo è quello di stimolare, attraverso diverse strategie, la partecipazione al mercato del lavoro di coloro che ne sono esclusi. Tuttavia, ad esse sono state nel passato e vengono attribuite ancora in

¹ L'ANPAL è l'Agenzia Nazionale Politiche Attive del Lavoro, istituita (d.lgs. 150/2015) per gestire e monitorare l'attuazione delle politiche attive del lavoro in Italia. Il *Jobs act* annovera un certo numero di decreti legislativi e decreti attuativi varati dal Governo Renzi tra il 2014 e il 2015. Il cd. Reddito di Cittadinanza è introdotto dal primo Governo Conte con Legge 26 del 28/03/2019.

tempi recenti ulteriori funzioni che finiscono per alimentare eccessive aspettative sulla loro concreta possibilità di modificare le condizioni del mercato del lavoro; d'altro canto, il fatto che la loro implementazione preveda di frequente misure di sostegno del reddito ha condotto spesso ad una problematica sovrapposizione dei diversi strumenti che esse contemplanò. A ben vedere, come segnalato dalla letteratura internazionale, un certo grado di confusione relativamente alle funzioni e agli obiettivi ha caratterizzato le politiche attive sin dalla loro introduzione negli schemi di *policy* dei Paesi europei. In buona parte, questa confusione sembra riconducibile alle specifiche condizioni storiche e politiche nelle quali esse hanno conosciuto fortuna, tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, nel contesto della progressiva riduzione della spesa sociale e della radicale trasformazione nei Paesi occidentali del *Welfare State*, del ripensamento della politica economica di impostazione keynesiana e della riflessione sugli effetti della globalizzazione e della transizione da una economia industriale ad una post-industriale. Ulteriori elementi di incertezza sembrano poter essere ricondotti alle stesse direttive dell'OCSE che, nel corso del tempo, ha promosso l'utilizzo delle politiche attive e la trasformazione dei sistemi di protezione sociale nei Paesi industrializzati con approcci diversi². Infine, va considerato che l'applicazione delle direttive degli organismi internazionali è stata caratterizzata nei diversi sistemi nazionali da un elevato grado di eterogeneità in ragione di diverse tradizioni sociali, infrastrutture istituzionali, condizioni politiche ed economiche.

2. *Le origini delle politiche attive nelle strategie per l'occupazione dell'OCSE e dell'Unione Europea*

Le prime politiche attive del lavoro risalgono al 1951 e sono inserite in uno schema di riforma del governo svedese che prevedeva una pluralità di interventi macroeconomici, di politiche di salario sociale e di interventi selettivi finalizzati all'obiettivo della piena occupazio-

² Come si dirà nel seguito, l'OCSE è intervenuta su questi problemi con diverse direttive e suggerimenti dal 1994, con la pubblicazione del "Jobs Study", e nel corso del decennio successivo.

ne³. Oltre un decennio dopo, il termine ALMP (*Active Labour Market Policies*) comincia ad avere maggiore diffusione in Europa: nel 1964 è adottato per la prima volta dal consiglio dell'OCSE in una rinnovata configurazione che prevede svariati interventi sul lato dell'offerta prevalentemente orientati alla formazione professionale degli individui per favorire l'espansione del settore industriale. Seguendo la periodizzazione proposta da Bonoli⁴, si possono identificare tre cicli di attuazione delle politiche attive del lavoro, in cui questi strumenti vengono riadattati alle domande politiche, ai contesti istituzionali e alle circostanze socioeconomiche. Il primo, che inizia con la riforma del mercato del lavoro e della protezione sociale svedese del 1951, si interrompe con lo *shock* petrolifero del 1973-1975. In questi anni prende forma il secondo ciclo, nel quale, per far fronte alla crescita sostenuta dei tassi di disoccupazione, la *mission* principale delle politiche attive diventa il sostegno all'occupazione. Il terzo ciclo, quello più recente, prende avvio all'inizio degli anni '90 quando, su impulso dell'OCSE, si apre un intenso dibattito sulla indifferibile necessità di modificare gli schemi di protezione sociale e i mercati del lavoro dei Paesi industrializzati. In questo contesto, le politiche attive vengono ripensate in funzione principalmente della «rimozione degli ostacoli alla partecipazione al mercato del lavoro» che viene esplicitata nella pubblicazione del *Jobs Study* del 1994 (OCSE, 1994). In questo documento che ha istruito le strategie dell'occupazione dei Paesi industrializzati nel ventennio successivo, vengono formulate alcune raccomandazioni finalizzate alla rimozione delle rigidità del mercato del lavoro e viene contestualmente suggerita la transizione dalle politiche del lavoro passive a quelle attive. Per la prima volta, viene introdotto il concetto di *Activation* nell'agenda politica dei Paesi OCSE, individuando con questo termine un generale obiettivo di trasformazione in senso attivo della protezione sociale, rispetto al quale sembra attribuirsi un inedito ruolo proprio alle politiche del lavoro.

Di particolare rilevanza appaiano due delle iniziali nove raccomandazioni che hanno rappresentato l'asse portante della strategia:

³ Per una dettagliata ricostruzione, si v., J.T. Weishaupt, *From the manpower revolution to the activation paradigm: explaining institutional continuity and change in an integrating Europe*, University Press, Amsterdam, 2011, p. 396.

⁴ Si v., G. Bonoli, *The political economy of active labor-market policy*, in «Politics & Society», 38(4), 2010, pp. 435-457.

«espandere e rafforzare le politiche attive del lavoro» e «riformare i sistemi di assicurazione contro la disoccupazione». Nel corso di gran parte degli anni '90 queste due raccomandazioni sono state interpretate in maniera strettamente interconnessa, dando avvio ad una serie di radicali trasformazioni negli schemi di protezione sociale dei Paesi europei nella cornice di un'idea che, parafrasando Martin⁵, potremmo definire “ristretta” del concetto di *Activation*. I caratteri di questo approccio sono desumibili da un estratto del comunicato stampa del 1997 che chiude il meeting dei Ministri del lavoro dei Paesi OCSE:

When they last met in 1992, OECD Ministers of Employment and Labour stressed the need to shift public spending on labour market policies from passive to active measures. In most countries, more progress is needed in achieving this objective. Today, Ministers reiterate this policy objective while at the same time underlining the need to enhance the effectiveness of active labour market policies and to design and manage unemployment and related welfare benefits fairly, but tightly. Active measures must not become inadvertently 'passive' in that they simply provide parking slots for the unemployed or serve to re-establish benefit entitlements. At the same time, so-called passive measures should be designed and rigorously managed so that active job search by benefit claimants is rewarded, thereby ensuring that they do not become overly dependent on income support⁶.

Nel corso degli anni, anche per effetto di alcuni studi che hanno segnalato l'importanza dell'interazione tra le politiche e le differenti istituzioni del mercato del lavoro, l'OCSE (2006) ha parzialmente rivisto questo approccio, assegnando alle politiche attive e a quelle passive una funzione di complementarità. Secondo una più recente definizione, è possibile ricavare una misura piuttosto dettagliata degli obiettivi delle politiche di *Activation*, nell'approccio che si è andato affermando dalla metà degli anni 2000:

To bring more people into the effective labour force, to counteract the potentiality negative effects of unemployment and related benefits on

⁵ J.P. Martin, *Activation and active labour market policies in OECD countries: stylised facts and evidence on their effectiveness*, in «IZA Journal of Labor Policy», 4(1), 2015, pp. 1-29.

⁶ J.P. Martin, *What Works Among Active Labour Market Policies: Evidence From OECD Countries 'Experience*, in «OECD Economic Studie», 30, 2000, pp. 79-113.

work incentives by enforcing their conditionality on active job search and participation in measures to improve employability, and to manage employment services and other labour market measures so that they effectively promote and assist the return to work⁷.

Le indicazioni dell'OCSE sono state gradualmente seguite dall'Unione Europea nella formulazione della strategia europea dell'occupazione (*European Employment Strategy*) nel corso degli anni '90. Le prime basi di questa strategia possono essere individuate già nel Trattato di Maastricht, che investe il Consiglio della competenza di adottare direttive per promuovere «l'integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro» e «creare occupazione e nuovo lavoro»⁸. La pubblicazione della *Nuova strategia di cooperazione per la crescita e l'occupazione* a metà del 1992 e il *White Paper* di Delors su *Crescita, competitività e Occupazione* (CEC, 1993) individuano in modo più deciso tra gli obiettivi dell'Unione l'integrazione delle misure di protezione sociale con le politiche per l'occupazione⁹. Le conclusioni di questo percorso vengono precisate nel summit di Essen del 1994 che si conclude con un insieme di raccomandazioni che ricalcano in maniera esplicita alcuni degli obiettivi individuati dall'OCSE (accrescere le possibilità d'occupazione investendo sulla formazione professionale; aumentare la flessibilità; sviluppare politiche attive che incoraggino il re-inserimento lavorativo e la mobilità occupazionale e geografica) e vengono poi fissate in modo più definito nel Trattato di Amsterdam del 1997. Il primo schema formalizzato di linee-guida (*Employment Guidelines*) viene pubblicato a conclusione del "Job summit" del Lussemburgo alla fine del 1997; il documento finale elenca 19 linee-guida in relazione a quattro priorità strategiche. La prima di queste è "la crescita dell'occupabilità" e all'interno di essa uno degli obiettivi individuati è la «transizione dalle misure passive a quelle attive»¹⁰. La

⁷ OCSE, 2013, p. 132.

⁸ J. Goetschy, *The European employment strategy: Genesis and development*, in «European Journal of Industrial Relations», 5(2), 1999, pp. 117-137.

⁹ Cfr. H. Goetschy (1999) e Commissione Europea (1994) *Growth, Competitiveness and Employment* (Delors White Paper). Luxembourg: OPEC.

¹⁰ CEC (1997) *Luxembourg Extraordinary European Council Meeting on Employment*' CFSP Presidency Statement. Luxembourg, Press 0, No. SN 300/97, 20 November 1997.

conferenza di Lisbona del 2000 e l'istituzione dell'*Open Method of Coordination* possono essere considerati i passaggi successivi più importanti coi quali ha preso forma definitiva una strategia che, mossa dall'idea di rafforzare la coesione sociale tra i Paesi europei, si è decisamente orientata sulla strada già battuta dall'OCSE con politiche finalizzate a ridurre le rigidità nel mercato del lavoro e a connettere più saldamente le politiche sociali con quelle per l'occupazione. Nel 2003 l'UE ha sostituito le priorità e le linee-guida precedentemente elaborate con la definizione di 10 nuove priorità e 3 obiettivi generali.

3. *Politiche attive del lavoro e Activation: uno sguardo alla letteratura*

Un'estesa e molto eterogenea letteratura si è soffermata nel corso degli ultimi venti anni ad analizzare le caratteristiche e le implicazioni che le politiche attive del lavoro hanno determinato nell'architettura del *Welfare* occidentale¹¹. Tuttavia, a fronte di tale ricchezza di analisi, si riscontra un elevato grado di ambiguità dovuto principalmente alla sovrapposizione dei concetti di *Activation* e politiche attive, che ha influenzato negativamente sino ai giorni più recenti il dibattito pubblico e le scelte di spesa dei governi. Ciò sembra dipendere da tre problemi principali, in primo luogo, dalla sovrapposizione tra una dimensione macro ed una micro del concetto (o politiche) di *Activation*, che è stato utilizzato per descrivere tanto le caratteristiche delle politiche attive del lavoro, quanto il processo trasversale di trasformazione dei sistemi di protezione sociale¹². Vi è da considerare,

Cfr. Commissione Europea (1997) *Proposals of Employment Guidelines for Member State Employment Policies for 1998*, COM (497).

¹¹ Per evidenti esigenze di brevità, non si può offrire una rassegna completa in questa sede; per avere un'idea di questa letteratura si vedano, tra gli altri, K. Pierson (2001) e P. Navarro *et al.* (2004).

¹² J.C. Barbier (ed.), *Welfare to work policies in Europe: The current challenges of activation policies*, Centre d'études de l'emploi, France, 2001; Id., *Systems of social protection in Europe: Two contrasted paths to activation, and maybe a third. Labour and Employment Regulation in Europe*, P.I.E-Peter Lang, Brussels, 2004, pp. 233-254; Id., *The European Employment Strategy, a channel for activating social protection? The Open Method of Coordination in Action: the European Employment and Social Inclusion Strategies*, Peter Lang, Brussels, 2005; indica la distinzione tra

in secondo luogo, quello derivante dal contestuale utilizzo tecnico e politico del concetto di *Activation* che, in maniera simile a quanto avvenuto nei Paesi anglosassoni con il “*Workfare*”, è di fatto divenuto un discorso egemonico in Europa in materia di politica economica e politica sociale¹³. Infine, un terzo problema è riconducibile alla eterogeneità nell'applicazione dei principi dell'*Activation* nelle legislazioni nazionali, che ha configurato quello che è stato definito “i molti mondi dell'*Activation*”¹⁴. La letteratura che, in linea con l'approccio “ristretto” o “micro” di *Activation*, si è concentrata sulle caratteristiche delle politiche e delle strategie nazionali, ha evidenziato l'insieme di trasformazioni che hanno interessato i sistemi di protezione sociale contro i rischi connessi con il mercato del lavoro, identificando le strategie o politiche di *Activation* come un «mix di incentivi, sanzioni e requisiti volti a restringere l'accesso ai benefit, associati a programmi orientati al re-inserimento lavorativo degli individui»¹⁵. Adottando una prospettiva più ampia, un filone di letteratura analizza l'*Activation* come parte di un processo più complesso che ha dato luogo ad una radicale trasformazione della struttura istituzionale del Welfare novecentesco in risposta ai nuovi rischi sociali generati da una modifica esogena del modello costruito attorno al lavoro stabile e all'industria con uno teso a rafforzare le relazioni di lavoro flessibile

un uso micro ed uno macro. Questa divisione sembra corrispondere a quella proposta da W. Eichhorst, O. Kaufmann, R. Konle-Seidl (eds), *Bringing the jobless into work?: experiences with activation schemes in Europe and the US*, in «Springer Science & Business Media», 2008 su uso socio-economico ed uso normativo.

¹³ J.C. Barbier (ed.), *Welfare to work policies in Europe: The current challenges of activation policies*, Centre d'études de l'emploi, France, 2001.

¹⁴ J.C. Barbier, W. Ludwig-Mayerhofer, *Introduction: the many worlds of activation*, in «European Societies», 6(4), 2004, pp. 423-436.

¹⁵ Si vedano, L. Kenworthy, *Labour market activation*, in «The Oxford handbook of the welfare state», 2010, pp. 435-447; H. Immervoll, S. Scarpetta, *Activation and employment support policies in OECD countries. An overview of current approaches*, in «IZA Journal of Labor Policy», 1(1), 2012, pp. 1-20; D. Rueda, *Social Democracy Inside Out: Partisanship and Labor Market Policy in Advanced Industrialized Democracies*, OUP Catalogue, 2007; A. Serrano Pascual, L. Magnusson, *Reshaping Welfare States and Activation Regimes in Europe*, Peter Lang, Berna, Svizzera, 2007; W. Eichhorst, O. Kaufmann, R. Konle-Seidl (eds), *Bringing the jobless into work?: experiences with activation schemes in Europe and the US*, in «Springer Science & Business Media», 2008.

e l'espansione del settore dei servizi¹⁶. Non sfuggirà che si tratta di obiettivi profondamenti diversi, la cui realizzazione non può essere considerata il frutto di semplici adeguamenti tecnici dei programmi di Welfare a un contesto economico in cambiamento, ma esprimono invece «una nuova idea delle politiche pubbliche e dei diritti sociali di cittadinanza che ridisegna radicalmente il senso dell'intervento pubblico nell'economia»¹⁷. Altri contributi importanti in questo filone derivano dagli studi di Barbier che attribuisce all'*Activation* un «accresciuto ed esplicito legame introdotto nelle politiche pubbliche tra programmi sociali, di Welfare, d'impiego e mercato del lavoro che implica una critica ridefinizione dei precedenti schemi di sostegno al reddito, di assistenza e di protezione sociale in termini di efficienza e di equità, nonché un potenziamento delle funzioni di *paid work* e partecipazione al mercato del lavoro»¹⁸. Da questi studi si evince la problematica relazione tra il concetto di *Activation* e le politiche attive del lavoro, dal momento che alcune delle funzioni oggi attribuite alle seconde spesso rientrano nel più ampio spettro delle politiche di *Activation*. Al netto delle differenze di approccio che contraddistingue la letteratura, essa concorda nell'identificare quelle che sono comunemente definite politiche attive del lavoro in un certo numero di programmi di spesa sociale finalizzati a supportare i disoccupati e altre categorie di beneficiari di sussidi di supporto al reddito nell'integrazione (o re-integrazione) nel mercato del lavoro. Questi tipi di programmi si inseriscono in un quadro più ampio di politiche di *Activation* che, assumendo che uno dei principali ostacoli all'occupazione

¹⁶ In primo luogo, l'affiancamento accanto ai rischi classici di ineguaglianza e povertà, della disoccupazione strutturale e della discontinuità di reddito prodotta da contratti di lavoro "atipici". Vedi J. Clasen, D. Clegg, *Regulating the Risk of Unemployment. National Adaptations to Post-Industrial Labour Markets in Europe*, in J. Clasen, D. Clegg (eds), *Unemployment protection and labour market change in Europe: Towards 'triple integration'*, Oxford University Press, 2011, pp. 1-13.

¹⁷ R.H. Cox, *From safety net to trampoline: labor market activation in the Netherlands and Denmark*, in «Governance», 11(4), 1998, pp. 397-414.

¹⁸ Tra quelli più influenti va citato quello di Jessop del 1996 che sottolinea la complessiva subordinazione delle politiche sociali alle domande di flessibilità del mercato e ai vincoli della competizione internazionale. Si v. J.C. Barbier, W. Ludwig-Mayerhofer, *op. cit.*, p. 68; B. Jessop, *Post-Fordism and the state in Comparative welfare systems*, Palgrave Macmillan, London. Kenworthy, 1996, pp. 165-183.

sia rappresentato dalla carenza di motivazioni individuali indotta dai programmi di *Welfare*, ambiscono a trasformare le politiche passive di supporto al reddito in misure attive, attraverso un insieme eterogeneo di interventi che spaziano dalla riduzione dell'ammontare dei sussidi alla previsione di condizioni di accesso ulteriori rispetto a quelle relative allo *status* occupazionale o reddituale. In alcuni casi, le misure passive sono state trasformate in "positivo", cioè non restringendo le condizioni di accesso e la durata dei sussidi, ma affiancandoli con strumenti che fungessero da stimolo all'attivazione dei beneficiari. Questo esteso numero di strumenti di politica economica si è affermato in maniera parallela e sostanzialmente complementare alle politiche di deregolamentazione del mercato del lavoro promosse dall'OCSE e realizzate nei Paesi europei nel corso degli ultimi venti anni. Entrambe sono state ispirate dalle teorie neoclassiche del mercato del lavoro affermatesi nel corso degli anni '80 nella cornice dell'accantonamento dei principi macroeconomici della scuola keynesiana, nei quali, com'è noto, l'offerta di lavoro degli individui viene analizzata come un problema di scelta tra lavoro e tempo libero.

4. *Le diverse traiettorie di spesa. Italia ed Europa a confronto*

Precedenti studi hanno evidenziato che, nel comune obiettivo dell'attivazione dei sistemi di protezione sociale, i Paesi europei hanno seguito traiettorie diverse. L'eterogeneità osservata concerne il mix di strumenti qualitativi adottati per modificare gli istituti di protezione e assistenza sociale già esistenti, da un lato, la caratterizzazione delle spese relative ai programmi di politica attiva dall'altro. In particolare, una largamente riconosciuta classificazione dei differenti modelli di *Activation* distingue quelli orientati "al mercato" e fortemente incentrati attorno a programmi di incentivo all'assunzione ed alla creazione di imprese individuali, da quelli a "sviluppo del capitale umano", maggiormente orientati attorno a programmi finalizzati alla formazione degli individui in cerca di occupazione¹⁹. Seguendo la ca-

¹⁹ G. Bonoli, *The origins of active social policy: Labour market and childcare policies in a comparative perspective*, in «Oxford University Press», 2013. Altre distinzioni ugualmente efficaci sono quelle tra modelli "offensivi" e "difensivi" (Torfing, 1999) e tra "liberale" e "universalista" (Barbier, 2001).

talogazione proposta dall'OCSE e da EUROSTAT, che raccolgono i dati sulle spese rispettivamente dalla metà degli anni '80 e dal 1998 in poi, si distinguono cinque misure di politica attiva a cui si aggiungono le spese per i servizi per l'impiego (Tabella 1).

Tabella 1. *Politiche attive del lavoro classificate per tipologia e tipo di programma*

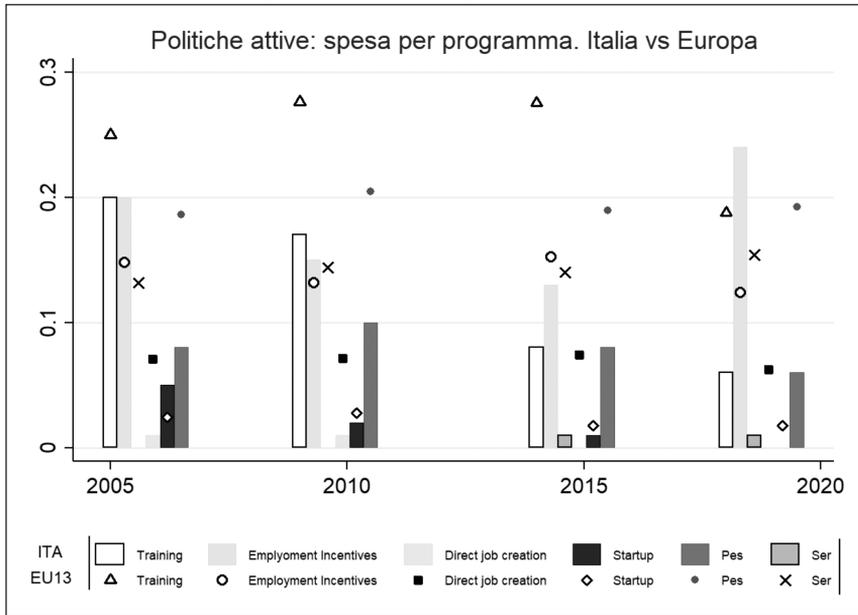
Tipologia	Programma	Etichetta
SERVIZI	<i>Public employment Service & Administration</i>	PES
MISURE	<i>Training</i>	TRAIN
MISURE	<i>Employment Incentive</i>	INC
MISURE	<i>Sheltered and Supported Employment and Rehabilitation</i>	SER
MISURE	<i>Direct Job Creation</i>	DJC
MISURE	<i>Startup</i>	STARTUP

Sotto la spinta delle raccomandazioni dell'OCSE, all'inizio degli anni '90 tutti i Paesi europei hanno cominciato a ridurre la spesa per politiche passive, aumentando contestualmente quella per politiche attive. Questa riduzione tendenziale ha subito un rallentamento nel corso degli anni 2000, presumibilmente per effetto del mutato orientamento dell'OCSE a valorizzare il carattere di complementarità tra politiche attive e passive, e mostra un importante inversione a valle della crisi finanziaria del 2007-2008, quando la spesa per politiche passive ricomincia a crescere per effetto dello shock occupazionale. Per avere una fotografia della composizione più recente della spesa, nella Figura 1 si riportano i valori puntuali per ciascuno dei programmi di politica in Italia e in Europa a 15 negli anni 2005, 2010, 2015, 2020. In Europa, la formazione (*Training*) è la misura che assorbe la quota maggiore di spesa, sebbene dopo il 2015 mostri un importante ridimensionamento che la conduce agli stessi livelli della spesa per i servizi per l'impiego (*Pes*). La seconda voce per ordine di grandezza è rappresentata dagli incentivi all'assunzione nel settore privato. Dal 2010, tra questi si osserva una crescita relativa di quelli inseriti negli

schemi di supporto alle persone che presentano disabilità o specifiche inabilità al lavoro (*Ser*) rispetto a quelli di impostazione più generale (*Employment Incentives*). Quote più ridotte sono destinate ai programmi di incentivo all'avviamento di attività di impresa (*Startup*) e a quelli di creazione diretta di impieghi temporanei nel settore pubblico e no-profit (*Direct Job Creation*). Sebbene non si fornisca un quadro di dettaglio, non è difficile immaginare che vi siano ampie differenze nella spesa che i Paesi europei destinano, in particolare, ai programmi di incentivi (alle imprese e di *startup*) e di formazione, che di fatto tracciano il maggiore orientamento al mercato o allo sviluppo del capitale umano. Invece, risulta una crescita abbastanza generalizzata delle risorse destinate al funzionamento degli uffici per l'impiego, che gestiscono i sussidi e i servizi di *placement*, e il cui ruolo viene considerato dall'OCSE di cruciale importanza per aumentare l'efficacia delle politiche. Tuttavia, mentre rappresenta la seconda voce di spesa in Europa, in Italia essa assorbe una quota di risorse piuttosto modeste²⁰. Ulteriori criticità concernono la composizione sia quantitativa che qualitativa della spesa in Italia, visto il peso preponderante delle risorse destinate ai soli programmi di formazione, che costituiscono circa un terzo del totale. Al riguardo, di particolare importanza appaiono i rilievi formulati dall'OCSE che sottolineano come gran parte di questi programmi siano realizzati prevalentemente nella forma di decontribuzioni fiscali destinate alle imprese e, di norma, destinati a disoccupati con età inferiore ai 30 anni (OCSE, 2019). Negli ultimi anni, la spesa in percentuale del PIL destinata a questi programmi è diventata notevolmente più elevata che nel resto d'Europa. Così caratterizzati, i programmi di formazione risultano non adeguati a consentire la transizione da un impiego all'altro nel corso della vita lavorativa e rischiano di configurarsi come sussidi per le imprese finalizzati a consentire un reclutamento a basso costo per occupazioni non sostenibili in settori economicamente deboli o con scarse prospettive di crescita.

²⁰ Perciò, non è un caso se l'infrastruttura per l'impiego in Italia venga ritenuta un canale scarsamente credibile di accesso al lavoro tanto per le imprese quanto per coloro che cercano un impiego (ANPAL, 2019) e sono ritenuti un punto di importante debolezza del sistema italiano (OCSE, 2019).

Figura 1. *Andamento della spesa per i diversi programmi di politica attiva: confronto Italia e Europa a 15. Valori in percentuale del PIL*



Fonte: Nostra elaborazione su dati EUROSTAT (2021)

5. Alcune considerazioni conclusive

Pur essendo utilizzate negli schemi di *policy* dei Paesi europei dalla metà del '900, le politiche attive del lavoro hanno conosciuto grande fortuna dall'inizio degli anni '90, divenendo uno dei principali strumenti di intervento nel mercato del lavoro dei Paesi europei. Nel corso degli ultimi trenta anni, il loro utilizzo è stato intensamente promosso dall'OCSE e, in seconda battuta, dall'Unione Europea. Nelle strategie per l'occupazione di questi due organismi è infatti possibile riscontrare la centralità attribuita a due obiettivi: la deregolamentazione del mercato del lavoro per favorire la flessibilità nelle relazioni contrattuali e l'attivazione dei sistemi di protezione sociale per agevolare la rimozione degli ostacoli alla partecipazione individuale al mercato del lavoro. Le politiche attive del lavoro si inseriscono nella cornice del secondo obiettivo, che è stato realizzato attraverso

so una serie variegata di interventi negli schemi di protezione sociale dei Paesi europei individuati dalla letteratura internazionale quali politiche o strategie di *Activation*. La relazione tra le politiche attive del lavoro e le più generali politiche o strategie di *Activation* è all'origine di una ricorrente confusione nel dibattito scientifico e politico, che ha di fatto concorso a generare un quadro di forte "ambiguità". Nei paragrafi precedenti si è provato a ricostruire brevemente la cornice politica e normativa all'interno della quale hanno trovato gestazione il concetto di *Activation* e le politiche attive del lavoro nella loro più recente configurazione, e si è tentato di chiarire la relazione tra questi due concetti. L'analisi dei comportamenti di spesa dell'Italia in confronto a quella degli altri Paesi dell'Unione Europea ha consentito di evidenziare le principali criticità quantitative e qualitative: oltre a uno sforzo di spesa complessivamente modesto, l'Italia mostra una composizione della spesa prevalentemente destinata a programmi di formazione orientati esclusivamente ai più giovani e incentivi di incerta "targetizzazione"; inoltre, l'infrastruttura preposta alla gestione delle politiche e dei servizi per l'impiego risulta particolarmente debole.

VALENTINA MARANO

L'uso di poteri speciali: realtà o illusione per la crescita economica del Paese?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contesto normativo del *golden power*: da uno Stato imprenditore ad uno Stato supervisore. – 3. Un settore considerato d'interesse strategico: l'infrastruttura finanziaria. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Nel tempo della globalizzazione si assiste al ruolo degli Stati alla ricerca di investimenti dall'estero e, al tempo stesso, emerge il timore di attrarli per una serie di fattori. Sono temuti perché, in molti casi, ci si domanda, da un lato, chi è l'investitore estero (ad esempio un investitore riconducibile a sistemi criminosi merita tutta l'attenzione della vigilanza pubblica); dall'altro, poi, emergono sussulti di patriottismo che nel dibattito mediatico del nostro Paese viene definita come "l'italianità". Questi fattori pur essendo comprensibili, talvolta anche in parte giustificati, sono quei classici tipi di reazione "emotiva" che poi entrano in frizione con l'ordinamento dell'Unione Europea.

Gli investimenti rappresentano un trasferimento di capitali e la libertà di circolazione dei capitali è la sola delle libertà del sistema dell'Unione Europea che si applica non solo al mercato interno, ma anche ai rapporti con i Paesi terzi. L'orientamento dell'Unione Europea nei confronti del settore degli investimenti si delinea in maniera più evidente a partire dalla metà degli anni '90 e si precisa attraverso un atto della Commissione Europea che non è inusuale, ed ha avuto un effetto sequenziale molto significativo. Si tratta di una comunicazione del luglio 1997 in cui la Commissione spiega che, per quanto concerne gli investimenti diretti dall'estero, si applicano le norme di libera circolazione dei capitali con le sole eccezioni dei settori dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza. Dopo l'atto della Commis-

sione fanno seguito una serie di pronunce della Corte di Giustizia¹ che in tutti i casi, salvo uno², condanna regolarmente gli Stati e le loro normative che stabilivano sistemi di controllo, di veto, di poteri speciali, di verifica per gli investimenti esteri. Ad un certo punto, però, vi è un cambio di paradigma, l'Unione Europea che si era espressa contrariamente a tutte quelle disposizioni di controllo sugli investimenti, muta il suo approccio e incomincia a porsi il problema di garantire questo controllo, seppur in un quadro più o meno embrionalmente armonizzato. La ragione di questo mutamento di prospettiva non è di carattere giuridico quanto piuttosto di carattere politico-economico.

I rapporti che vi sono oggi tra gli Stati nel mercato libero sono molto diversi dai rapporti che esistevano negli anni '70, '80, '90 e anche più precari rispetto al passato. L'Europa da predatore interessato ad una grande libertà di investimenti diventa preda. Alla luce di ciò segue un primo regolamento nel 2019 che stabilisce un meccanismo di coordinamento con gli Stati e con la Commissione Europea dove esorta gli Stati a dotarsi di una normativa "protettiva". In questo senso la normativa italiana³ appare già adeguata a quanto richiesto, anzi all'avanguardia. La Commissione diffonde, poi, le linee guida attraverso una comunicazione in cui si specifica che uno dei settori di cui tenere conto è quello della sanità pubblica (precisazione preveggen- te se teniamo conto dell'emergenza pandemica avvenuta solo un anno dopo). Nelle linee guida si specifica che «queste eccezioni possono essere applicate anche in senso più ampio», per cui si capovolge un po' il teorema. Vi è un'evoluzione del quadro interpretativo, l'Unio-

¹ Per un approfondimento, C. San Mauro, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in «Conc. Mercato», 2010, p. 409 ss.; V. Squaratti, *I limiti imposti dal diritto dell'Unione Europea all'intervento pubblico nell'economia: la soste neutralità delle modalità di perseguimento di obiettivi imperativi di interesse generale*, in «Dir. comm. Internaz.», 2014, p. 1073 ss.

² Si tratta del Belgio e della garanzia di sicurezza degli approvvigionamenti di energia.

³ Per una utile ricostruzione del quadro previgente e del passaggio al nuovo assetto disciplinare cfr., *ex multis*, F. Santonastaso, *La saga della golden share tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in «Giur. Comm. », 2007, 1, p. 302 ss.; M. Colangelo, *Regole comunitarie e golden share italiana*, in «Merc. Conc. Reg.», 2009, 3, p. 595 ss.; L. Scipione, *La golden share nella giurisprudenza comunitaria: criticità e contraddizioni di una roccaforte inespugnabile*, in «Società», 2010, 7, p. 855 ss.

ne Europea che poteva essere definita come l'alfiere dell'apertura pressoché incondizionata, salvo gravi motivi come ordine pubblico e sicurezza, oggi sembra essere fautrice di un controllo maggiore. Si tratta di un cambiamento di linea di politica pubblica che ha una sua incidenza.

In questo quadro si colloca il dibattuto strumento del *golden power*, cioè l'esercizio di poteri speciali da parte dello Stato riguardo ad operazioni economico-finanziarie condotte da imprese di rilevanza strategica, nel caso siano esposti al rischio di grave pregiudizio gli interessi essenziali del Paese. Ci si chiede se questo strumento, alla luce delle ultime evoluzioni, possa avere impatti positivi sull'economia del Paese. Non sono da trascurare, infatti, le criticità che tale strumento potrebbe presentare per gli operatori economici con particolare attenzione all'attuale contesto in cui si trovano ad operare a causa dell'emergenza sanitaria globale.

Nel quadro emergenziale, lo strumento dei poteri speciali svolge un ruolo centrale e ha determinato frizioni notevoli con il sistema giuridico dell'Unione Europea. L'Unione Europea disciplina un ambito basato sul bilanciamento di poteri che costituisce una sorta di pozione i cui ingredienti sono la concorrenza e la cooperazione. Si tratta di un equilibrio precario che attraverso l'elemento cooperativo ha permesso di costruire questi settanta anni di integrazione e con l'elemento competitivo ha garantito la crescita e il confronto fra le realtà degli Stati membri e le loro politiche pubbliche.

2. Il contesto normativo del golden power: da uno Stato imprenditore ad uno Stato supervisore

Lo strumento del *golden power* nasce dall'esigenza di adattarsi al contesto europeo. Il d.l. n. 21/2012⁴ introduce per la prima vol-

⁴ Cfr. d.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56, recante «Disciplina dei poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, e sulle attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni». In verità, prima del d.l. 21 del 2012 il legislatore italiano aveva cercato di definire una strategia di tutela delle società operanti in settori considerati strategici per l'economia nazionale (su tutti,

ta nell'ordinamento italiano la normativa per l'esercizio dei poteri speciali⁵ da parte del Governo italiano. Essa costituisce, come si è evidenziato in dottrina, «ormai uno strumento non secondario di intervento pubblico nell'economia»⁶. Si tratta di una normativa che sposta completamente l'asse dell'intera disciplina, sia dal punto di vista sostanziale che sul piano operativo⁷. In sostanza, il legislatore ha in primo luogo esteso l'ambito di applicazione a tutte le imprese, non solo quelle oggetto di privatizzazione, purché operanti in settori strategici. In secondo luogo, ha spostato il potere da una dimensione privatistica (del possesso di titoli speciali da parte dello Stato), a una pubblicistica, vincolata agli atti autoritativi e, infine, ha operato la codificazione espressa di presupposti oggettivi di applicazione, *asset* ritenuti strategici e tipizzazione dei poteri conferiti⁸.

Per poter esercitare i poteri speciali in disamina è necessaria la sussistenza di una minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, o per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti nei settori dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni⁹.

decreto-legge n. 332/94 e legge n. 350/2003). Per il quadro ante 2012 cfr. R. Angelini, *Stato dell'arte e profili evolutivi dei poteri speciali: al crocevia del golden power*, in «Astrid-on line», p. 5 ss.

⁵ Per poteri speciali si intende il potere di intervento diretto del Governo rispetto a operazioni di mercato, per la salvaguardia di interessi pubblici dello Stato ritenuti di particolare rilevanza strategica. Su tale normativa v. P. Maccarone, *Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative*, in «AIC», fasc. 2, 2020.

⁶ Così G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del Golden Power e la rinascita dello Stato doganiere*, in «Giornale di diritto amministrativo», fasc. 5, 2019, p. 549. In argomento, v. anche C. San Mauro, *I poteri speciali del Governo dei confronti delle società che operano nei settori strategici: dalla golden share ai golden powers*, in «Foro amministrativo», 11, 2015, p. 56.

⁷ È la tesi di L. Fiorentino, *Verso una cultura del Golden Power*, in Aa.Vv., *Golden Power*, Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS), Roma, 219, p. 23.

⁸ La normativa in questione risponde all'esigenza di tutelare gli interessi del Paese nei settori strategici della difesa e della sicurezza nazionale (articolo 1) ovvero in quelli dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (articolo 2), da possibili fattori di rischio.

⁹ «Minaccia che dovrà essere valutata caso per caso alla luce di criteri oggettivi che tengano in debita considerazione la capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa dell'acquirente, il progetto industriale, la regolare prosecuzione delle

Alcuni autori hanno ampiamente evidenziato gli aspetti rilevanti dal punto di vista soggettivo (il passaggio dell'esercizio di tali poteri alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, sulla base di una notifica preventiva o comunque su attivazione d'ufficio della stessa, in assenza di comunicazione) e da quello applicativo¹⁰ per cui, in questa sede, non si darà conto di tali profili.

Il decreto-legge n. 148/2017¹¹ ha previsto la possibilità per il Governo di intervenire in nuovi ambiti e settori quali: a) le infrastrutture critiche o sensibili, tra cui immagazzinamento e gestione dati, infrastrutture finanziarie; b) tecnologie critiche, compresa l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, le tecnologie con potenziali applicazioni a doppio uso, la sicurezza in rete, la tecnologia spaziale o nucleare; c) sicurezza dell'approvvigionamento di input critici; d) accesso a informazioni sensibili o capacità di controllare le informazioni sensibili.

In sostanza, i poteri speciali si articolano nel potere di: i) veto in caso di delibere, atti od operazioni che abbiano per effetto modifiche

attività aziendali, la sicurezza e la continuità degli approvvigionamenti, con particolare riguardo alle forniture in corso con il Governo italiano»: così M. Lo Re, L. Capone, A. Napoli, *I poteri speciali dello Stato nei settori di rilevanza strategica e i nodi teorici essenziali per comprenderne il significato. Un approccio multidisciplinare*, in «L'industria», fasc. 1, 2018, p. 21.

¹⁰ *Idem*. Nell'articolo l'A. sottolinea alcuni dei problemi di natura organizzativa e gestionale emersi nel corso della prassi applicativa: a) il necessario coinvolgimento non solo delle amministrazioni presenti al tavolo di coordinamento, ma anche altre amministrazioni, in grado di apportare conoscenze tecniche settoriali; b) il rapporto tra il tavolo di coordinamento, la struttura amministrativa della Presidenza del Consiglio con compiti in materia di *golden power* e il vertice politico; c) l'esigenza di un'attenzione particolare per i profili formali (pp. 25-26).

¹¹ Interviene sul decreto-legge n. 21 del 2012 inserendo il comma 1-ter nell'art. 2. Le modifiche in questione hanno portato la dottrina (M. Lo Re, L. Capone, A. Napoli, *I poteri speciali dello Stato nei settori di rilevanza strategica e i nodi teorici essenziali per comprenderne il significato. Un approccio multidisciplinare*, cit.) a sostenere che «la normativa dettata in tema di *Golden Power*, così come recentemente revisionata e integrata, rappresenta un *benchmark* internazionale volto a garantire ampi margini di tutela alle imprese operanti in settori considerati strategici, indipendentemente da una partecipazione azionaria dello Stato offrendo, al contempo, al Governo degli strumenti che gli assicurino di adoperarsi nell'attività ordinaria delle società e gli riconoscano, solo in via d'eccezione, l'esercizio del veto preventivo sulle acquisizioni».

della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi strategici o il cambiamento della loro destinazione; ii) subordinare l'efficacia dell'acquisto all'assunzione, da parte dell'acquirente, di impegni diretti, ovvero nel potere di opporsi per le ipotesi di acquisto di una partecipazione di controllo da parte di un soggetto extra-UE in una società che detiene attivi strategici.

Si segnala che deve essere ancora adottato il d.P.C.M. per l'individuazione degli *asset* strategici nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento sullo *screening* degli IDE, che sono: a) infrastrutture critiche, siano esse fisiche o virtuali, tra cui l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, e le strutture sensibili, nonché gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture; b) tecnologie critiche e prodotti a duplice uso secondo normativa UE, tra cui l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la *cibersicurezza*, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia – quantistica e nucleare – nonché le nanotecnologie e le biotecnologie; c) sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare; d) accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni; e) libertà e pluralismo dei media. Nelle more dell'adozione di tale d.P.C.M., con il decreto-legge n. 105/2019, è stata prevista l'applicazione dei poteri speciali agli acquisti di partecipazioni in società con *asset* nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettere a) e b), del citato Regolamento, che determinano acquisizione del controllo e insediamento stabile. Anche il recente decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23¹² (cd. "Decreto Liquidità") contiene un apposito capo dedicato all'esercizio di poteri speciali nei settori di rilevanza strategica. In proposito, con l'obiettivo di ampliare le prerogative del Governo, si estende l'ambito applicativo del *golden Power* a tutti i settori ritenuti di rilevanza strategica dalla disciplina europea sullo *screening* degli investimenti esteri diretti e anche a inve-

¹² Decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 recante «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga dei termini amministrativi e processuali» (pubblicato nella «Gazzetta Ufficiale» dell'8 aprile 2020).

stimenti effettuati da soggetti appartenenti all'Unione europea (artt. 15, 16 e 17). Innanzitutto, il provvedimento interviene nuovamente sull'articolo 2 del decreto-legge n. 21/2012, che disciplina i poteri speciali del Governo inerenti agli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. Le modifiche prevedono, in primo luogo, che fino all'adozione del citato d.P.C.M., sono attualmente soggetti a obbligo di notifica alla Presidenza del Consiglio dei Ministri gli acquisti di partecipazioni in società che detengono *asset* in tutti i richiamati settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento sullo *screening* degli IDE, inclusi, nel settore finanziario, quello creditizio e assicurativo. Inoltre, la notifica riguarda gli acquisti di tutte le partecipazioni, a prescindere dalla rilevanza della partecipazione e anche se effettuate da soggetto europeo.

È stato previsto fino al 31 dicembre 2021, e al fine di contrastare l'emergenza da Covid-19, che sono soggetti a obbligo di notifica le delibere, gli atti o le operazioni che comportino modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità, ovvero il cambiamento della destinazione, degli *asset* anche nei settori di cui all'art. 4, par.1), del Regolamento sul controllo degli IDE, inclusi i settori finanziario, creditizio e assicurativo.

Sempre fino al 31 dicembre 2021, sono stati soggetti ad obbligo di notifica gli acquisiti di partecipazioni che interessino *asset* nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, nonché nei settori di cui ai punti precedenti (art. 4, par. 1, Reg. IDE e, nell'ambito del settore finanziario, di quello creditizio e assicurativo) e che *i*) consentano a un soggetto estero, anche appartenente all'UE di assumere il controllo della società, oppure *ii*) consentano a un soggetto estero non appartenente all'UE di acquisire una quota di capitale o diritti di voto pari ad almeno il 10%, tenuto conto delle azioni o quote direttamente o indirettamente già possedute, e il valore complessivo dell'investimento sia pari o superiore a 1 milione di euro; oppure di acquisire una quota di capitale o diritti di voto tali da determinare il superamento delle soglie del 15%, del 20%, 25% e 50%.

Le nuove disposizioni che dovevano essere vigenti fino al 31 dicembre 2020 hanno trovato applicazione alle operazioni rilevanti per le quali l'obbligo di notifica sia sorto entro tale termine, anche qualora la notifica sia intervenuta successivamente o sia stata omessa; sono rimasti validi anche successivamente al 31 dicembre 2020, gli atti e i

provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri speciali, nonché gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base degli stessi.

Si interviene anche sull'articolo 1 – che disciplina i poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale – e sull'articolo 2 del Decreto *Golden Power*, consentendo alla Presidenza del Consiglio di avviare d'ufficio il procedimento per l'eventuale esercizio di tali poteri, in caso di violazione degli specifici obblighi di notifica e prevedendo, a tal fine, misure di adeguamento procedurale.

Infine, sempre nella logica di potenziare i controlli su operazioni che comportano modifiche sugli assetti proprietari delle società, l'articolo 17 interviene sull'articolo 120 del TUF, in materia di obblighi di comunicazione di partecipazioni rilevanti. In particolare: *i*) viene ampliata la possibilità riconosciuta alla Consob di fissare, per un periodo di tempo limitato, soglie inferiori rispetto a quelle del 3% e del 5% per le PMI, eliminando la condizione che debba trattarsi di partecipazioni in società ad elevato valore corrente di mercato; *ii*) viene potenziata la norma cd. *antiscorriere*, riconoscendo alla Consob la possibilità di aggiungere temporaneamente – alle soglie di acquisto di partecipazioni in occasioni delle quali l'acquirente è tenuto a dichiarare gli obiettivi che intende perseguire nei sei mesi successivi – una soglia del 5% per società ad azionariato particolarmente diffuso.

Forse si è persa un'occasione per rafforzare l'organizzazione sotto il profilo strutturale e normativo.

Non si è infatti istituita una struttura organizzativa apposita, nell'ambito del Segretariato Generale della Presidenza del Consiglio, come un ufficio autonomo o anche un dipartimento né tantomeno sono stati rivisti e ampliati i termini vigenti del procedimento, in quanto non sempre si sono dimostrati congrui¹³. Tuttavia, presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze esiste una struttura che potrebbe svolgere funzioni di vigilanza e controllo. Infatti, l'articolo 15 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, ha previsto l'istituzione, nell'ambito del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di una struttura di indirizzo, monitoraggio e controllo sull'attuazione del Tusp. La struttura

¹³ Come suggerito da L. Fiorentino, *Verso una cultura del Golden Power*, in Aa.Vv., *Golden Power*, Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS), cit., p. 26 s.

svolge funzioni di indirizzo e coordinamento tramite orientamenti e indicazioni in materia di applicazione del Tusp promuovendo le migliori pratiche presso le società a partecipazione pubblica. Svolge, inoltre, attività di monitoraggio e controllo sulla corretta attuazione delle disposizioni del Tusp, con particolare riferimento ai processi di riduzione e razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche. È stato sottoscritto un protocollo d'intesa tra la Struttura e le competenti Sezioni della Corte dei Conti al fine di rafforzare l'efficacia delle rispettive attività di monitoraggio e controllo sull'attuazione del Tusp. A tal proposito si potrebbe ipotizzare che questa struttura di monitoraggio che nasce come una costola del Ministero dell'Economia e delle Finanze possa ampliare le sue funzioni svolgendo sì anche il ruolo di vigilante ma continuando ad agire nell'ambito del suo perimetro senza sovrapporsi al ruolo delle autorità di vigilanza.

3. *Un settore considerato d'interesse strategico: l'infrastruttura finanziaria*

Il legislatore italiano, nell'utilizzo dei poteri speciali, individua come settore strategico anche l'infrastruttura finanziaria ricompresa nei settori ad alta intensità tecnologica. Manca, però, nell'ordinamento italiano una definizione di infrastruttura finanziaria. A questo proposito, l'infrastruttura finanziaria viene definita come quel complesso di rapporti di credito e debito di tipo dinamico e multirelazionale, alla cui base vi è una fitta rete di legami contrattuali che mette in collegamento, attraverso il canale diretto dei mercati finanziari e quello indiretto degli intermediari finanziari, tutti gli attori del sistema economico¹⁴.

Come già affermato, gli Stati sono alla costante ricerca di investimenti e, se non possiedono risorse sufficienti tra “le mura domestiche”, attingono dall'estero per garantire la crescita del Paese e del prodotto interno lordo. Tuttavia gli investimenti dall'estero sono anche fonti di timori. Dunque si assiste al paradosso dove da un lato vi è la volontà di attrarre investimenti e dall'altro, al tempo stesso, vi è il timore di attrarli. In questo contesto si richiede tutta l'attenzione

¹⁴ Sul punto si veda, *Il sistema finanziario attuale: una stilizzazione*, Consob.

della vigilanza pubblica. L'Unione Europea da sempre attrae investimenti che sono accolti favorevolmente alla luce dei benefici che essi apportano all'economia e, di conseguenza, all'occupazione. La dimostrazione risiede nel fatto che l'Europa possiede uno dei regimi di investimento più aperti al mondo dove vi sono il minor numero di restrizioni rispetto agli investimenti esteri¹⁵. Tuttavia questa apertura ha generato la necessità di garantire questa sorta di scudo protettivo in vari settori strategici nei quali è stata compresa l'infrastruttura finanziaria. Si tratta di una decisione che nasce dall'esigenza di proteggere il mercato finanziario in maniera più incisiva. L'Unione Europea con il regolamento 2019/452 in materia di controllo degli investimenti esteri diretti dell'Unione, introduce all'articolo 4, infatti, il settore del mercato finanziario. Non poche contraddizioni sorgono in merito: ci si chiede quali caratteristiche debba avere l'infrastruttura finanziaria cui si fa riferimento, ci si domanda inoltre se questi poteri speciali possano agire in conflitto con il ruolo delle Autorità amministrative indipendenti che vigilano nel settore come Consob e Banca d'Italia. Certamente tale scelta è dettata dal peso che gli investimenti da parte di soggetti extraeuropei hanno rivestito nel mercato europeo determinando una perdita di controllo.

L'Europa in un certo senso si ritira da mire espansionistiche per tutelare il controllo del proprio mercato, attraverso un bilanciamento di poteri e una ponderazione di interessi, al fine di evitare il rischio di un controllo prevalente da parte di soggetti esteri che, di fatto, acquisendo la maggioranza delle azioni potrebbero determinare una prevalenza nel mercato finanziario europeo. Alla luce di ciò, con l'intervento del legislatore sulla normativa, si conferisce centralità allo Stato ridimensionando però il ruolo delle Autorità amministrative indipendenti. A tal proposito vi è la necessità di un coordinamento tra *golden power* e potere di regolamentazione. Invero, il Legislatore chiarisce che «il regolamento non incide sulle regole dell'Unione per la valutazione prudenziale delle acquisizioni di partecipazioni qualificate nel settore finanziario, che costituisce una procedura distinta con un obiettivo specifico». Si tratta, infatti, di poteri che operano su

¹⁵ Tale aspetto emerge dall'esame dell'indice sulla restrizione delle normative sugli investimenti esteri diretti dell'OCSE che misura le barriere legali contro gli investimenti esteri in oltre 60 Paesi in tutto il mondo.

livelli differenti per cui non dovrebbero sorgere problemi di sovrapposizione. È chiaro che, laddove una certa operazione dovesse essere sottoposta a duplice procedura di controllo si renderebbe necessario un accordo inter-istituzionale che da un lato consenta all'autorità di vigilanza di operare e al tempo stesso garantisca al Governo di poter ricorrere all'esercizio dei propri poteri speciali al fine di garantire anche l'uniformità dell'azione.

4. *Considerazioni conclusive*

Lo strumento del *golden power* si è evoluto nel corso di un decennio, tale evoluzione è fortemente legata al conflitto tra Stati Uniti e Cina soprattutto sul piano tecnologico che si ripercuote anche sulla strategicità di altri settori. Ad esempio, nel contesto dell'emergenza sanitaria, tale strumento, incide molto sulla filiera dell'area medica e della biotecnologia. La sicurezza nazionale tende ad allargare i suoi spazi diventando più pervasiva. L'Europa si ritrova ad operare in un contesto particolare dove confluiscono cooperazione e competizione, si tratta di un complesso bilanciamento di interessi dove il rischio di debordare in una o nell'altra area è molto evidente, si tratta di confini labili.

Perché l'uso di questi poteri speciali può essere definito un'illusione? Il *golden power* è uno strumento che confina con le questioni di politica industriale ma, attenzione, non è uno strumento di politica industriale. È stato generato in un contesto dove si è sentita la necessità di un maggiore intervento da parte degli Stati. Tuttavia il ricorso ai poteri speciali andrebbe effettuato con cautela ponendoci anche la seguente domanda «Se proteggessimo tutto cosa rimarrebbe nel contesto italiano?». La risposta è forse quasi immediata: «poche grandi imprese, scarso legame tra risparmio e investimento e necessità di investire nella capacità tecnologica del nostro Paese». Con questa considerazione non si vuole essere sostenitori dell'apertura incondizionata ma si evidenzia la necessità di indirizzare gli Stati verso una cultura del *golden power*. Bisogna abbandonare l'idea che uno strumento che ha carattere difensivo possa diventare uno strumento proattivo e produttivo di politica industriale perché le sfide si misurano in altre modalità. Inoltre, dobbiamo domandarci: «la normativa del *golden power*, così come è delineata funziona bene con l'amministrazione

esistente?» Sotto questo profilo è necessario sottolineare come siano fondamentali competenze stabili capaci di incrociare temi di diritto, geopolitica, sicurezza, tecnologia ed economia per quegli organismi che si occupano dell'istruttoria del *golden power*. Sarebbe auspicabile costruire una consapevolezza dell'importanza del *golden power* e del rilievo della sicurezza nazionale e, al tempo stesso, arginare la sua assolutizzazione in un contesto in cui tutto diviene di sicurezza nazionale e dove diventa complesso poi esercitare distinzioni.

FABIO ZAMBARDINO

Informazioni inesatte del prospetto informativo e responsabilità della Consob

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: prospetto informativo e ipotesi di responsabilità. – 2. Responsabilità della Consob e orientamenti della giurisprudenza. – 3. Soluzioni proposte e rilievi sistematici. – 4. Profili comparatistici: l'esperienza tedesca, inglese e francese. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive: prospetto informativo e ipotesi di responsabilità*

La pubblicazione di un prospetto informativo, che avviene nelle fasi che precedono un'offerta al pubblico di strumenti finanziari, ha l'obiettivo di mettere a disposizione degli investitori tutte le informazioni necessarie affinché questi ultimi possano decidere se procedere o no all'acquisto¹.

L'omissione o l'imperizia del controllo del prospetto da parte della Consob rappresenta una delle possibili forme di responsabilità della Commissione stessa, la quale è chiamata a dare il via libera alla sua pubblicazione.

In tal senso, il potere conferito all'*Authority* è connesso con la tradizione costituzionale e, in particolare, al disposto di cui all'art. 47, il quale stabilisce che la Repubblica debba incoraggiare e tutelare il risparmio in tutte le sue forme.

Poste le doverose premesse, l'analisi dei poteri-doveri gravanti

¹ Sia consentito rinvio a F. Zambardino, *Art. 93-bis*, in G. Cavallaro (a cura di), *Commentario al Testo Unico della Finanza*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, pp. 448-451. Si veda, inoltre, D. Busch, *L'influenza delle regole europee in materia di prospetto sul diritto privato*, in «Riv. Soc.», 2020, p. 1294.

in capo alla Consob, in relazione alle responsabilità della stessa per informazioni non veritiere o incomplete, ha sempre diviso la dottrina.

Infatti, all'opinione di chi riteneva necessario un controllo di mera completezza², si contrapponeva quella di quanti hanno individuato, in capo alla Consob, il dovere di accertare la veridicità delle informazioni contenute nel prospetto, pur richiedendosi, comunque, esclusivamente l'analisi necessaria «per il formarsi di un ragionevole convincimento»³.

La responsabilità della Consob nei casi di omessa o insufficiente vigilanza durante l'*iter* di approvazione del prospetto non è risulta essere specificamente disciplinata da alcuna norma di diritto positivo, sì che il suo riconoscimento è il risultato di una evoluzione giurisprudenziale e dottrinale relativamente recente⁴.

² A. Perrone, *Falsità del prospetto e responsabilità civile della Consob*, in «Banca borsa tit. cred.», 2002, p. 12. Si vedano, tra i sostenitori di tale tesi, M. Cera, *La Consob*, Milano, 1984, pp. 145 e 207; M. Cera, *Insolvenza del Banco Ambrosiano e responsabilità degli organi pubblici di vigilanza*, in «Giur. comm.», 1986, p. 431 ss.; B. Libonati, *Commentario alla l. 23 marzo 1983, n. 77*, in «Nuove leggi civ. comm.», 1984, *sub art.* 12, p. 519; S. Cassese, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in Aa.Vv., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1986, p. 54; G. Alpa, *Prospetto informativo. Orientamenti della dottrina*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1988, p. 366 ss. Tale orientamento è stato riproposto in giurisprudenza in Trib. Milano, 9 gennaio 1986, in «Giur. comm.», 1986, p. 427, con nota di M. Cera, *Insolvenza*, cit.; App. Milano, 13 novembre 1998, in «Società», 2001, p. 570.

³ *Ibid.* Per converso, supportano tale tesi alternativa, *inter alia*, G. Ferrarini, *La responsabilità da prospetto. Informazione societaria e tutela degli investitori*, Milano, 1986, p. 32 ss.; B. Visentini, *I controlli della Consob*, in *Tratt. dir. priv.*, P. Rescigno (diretto da), XVI, Torino, 1985, 713, nt. 12; F. Piga e A. Segni, *voce Società e Borsa (Commissione nazionale per le)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990, p. 1149, in particolare, quest'ultimo, per la prospettazione di una responsabilità della Consob in presenza di «evidenti illegittimità del prospetto depositato, non rilevate con grave colpa o imperizia». In giurisprudenza, è possibile rinvenire menzione nell'*obiter* di Trib. Milano, 28 novembre 1987, in «Banca borsa tit. cred.», 1989, II, p. 622 ss.

⁴ Si vedano, per un approfondimento dottrinale, L. Della Tommasina, *La produzione e la distribuzione di strumenti finanziari (tra servizi di investimento esecutivi, aumenti di capitale senza consulenza e derivati over the counter)*, in «Banca borsa tit. cred.», 2021, p. 266 ss.; F. Urbani, *Rassegna dei principali interventi legislativi, istituzionali e di policy a livello europeo in ambito societario, bancario e dei mercati finanziari*, in «Riv. soc.», 2021, p. 195 ss.; L. E. Camilli e M. Clarich, *Il procedimento sanzionatorio della Consob sotto il riflettore della Corte di Cassazione*, in «Giur.

2. Responsabilità della Consob e orientamenti della giurisprudenza

Nei casi in cui sia accertata la negligenza da parte della Consob, consistente nell'aver autorizzato la pubblicazione di un prospetto informativo contenente informazioni non veritiere od omissive, è possibile ritenere, in considerazione dei principi di "equivalenza causale" e di "causalità adeguata" – di cui agli art. 40 e 41 c.p. – che il comportamento negligente dell'autorità di vigilanza possa costituire causa "concorrente" della perdita subita dagli investitori⁵.

In particolare, questi ultimi risulterebbero danneggiati dall'aver fatto affidamento sulla veridicità delle informazioni contenute all'interno del prospetto, e che, per converso, la condotta della stessa autorità, se fosse stata doverosa, avrebbe impedito che l'evento si verificasse in quanto, in presenza di un effettivo esercizio dei poteri di vigilanza e repressivi, l'investimento non avrebbe avuto ragion d'essere⁶.

comm.», 2007, p. 1161; C. Cavallini, *La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: «prima lettura» del d.lgs. 8 ottobre 2007*, n. 179, in «Riv. soc.», p. 1445; G. Scognamiglio, *La responsabilità civile della Consob*, in «Riv. dir. comm.», 2006, p. 695; B. Andò, *Nesso di causalità fra omessa vigilanza e danno risentito dagli investitori*, in nota a App. Milano, 21 ottobre 2003, in «Nuova giur. civ. comm.», 2004, p. 223; G. Rotondo, *Cenni sulla responsabilità delle autorità di vigilanza. In particolare, della responsabilità della Consob per omesso controllo*, in G. Falcone, G. Greco e G. Rotondo, *La responsabilità nella prestazione dei servizi di investimento*, Milano, 2004. Per la giurisprudenza, si vedano, *inter alia*, Trib. Roma, 24.8.2008, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, p. 268 ss.; Trib. Roma, 18.4.2007, in «Banca borsa tit. cred.», 2009, II, p. 268 ss.; Trib. Roma, 30.1.2007, in «Banca borsa tit. cred.», II, 2009, p. 623 ss.

⁵ B. Andò, *Nesso*, p. 223.

⁶ Cass. Civ., sez. I, 25 febbraio 2009, n. 4587, *Borsa - Consob*, in «Giust. civ. mass.», 2009, p. 312. Nella sentenza di specie, era stato accertato che gli investitori avevano fatto affidamento «sulla veridicità dei dati riportati nel prospetto informativo e passati al vaglio della Consob e che anche i risparmiatori abituati a muoversi al di fuori delle tipologie più prudenti e con basso profilo di rischio si sarebbero diretti verso forme di investimento diverse, ove fossero stati a conoscenza della reale situazione del proponente l'operazione finanziaria». In questo contesto, ancora la giurisprudenza chiarisce come in relazione alle domande provenienti dagli investitori e azionisti in relazione ai danni conseguenti alla mancata, inadeguata o ritardata vigilanza nei confronti delle autorità di vigilanza, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, in quanto non si riferisce alla contestazione di poteri amministrativi ma, piuttosto «di comportamenti "doverosi" a loro favore che non investono scelte ed

Un primo significativo passo in avanti verso la predisposizione di un sistema di responsabilità aquiliana della Consob è rappresentato dalla repentina evoluzione legislativa «in direzione del riconoscimento, in capo agli investitori, di una posizione giuridicamente qualificata, sussumibile nella configurabilità di un interesse (almeno “pretensivo”), delineato dal diritto positivo, al corretto e diligente esercizio dell’attività di vigilanza da parte dell’Autorità (destinataria di un corrispondente obbligo)»⁷.

Nell’ordinamento italiano, la risarcibilità degli interessi legittimi è stata ammessa per la prima volta a seguito della sentenza n. 500 del 1999⁸, della Cassazione civile a sezioni unificate. In tal senso, afferma la sentenza, la lesione di un interesse legittimo, «al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma)

atti autoritativi, essendo dette autorità tenute a rispondere delle conseguenze della violazione dei canoni comportamentali della diligenza, prudenza e perizia, nonché delle norme di legge e regolamentari relativi al corretto svolgimento dell’attività di vigilanza, quali espressione del principio generale del “*neminem laedere*”». Cass. Civ. Sez. Un., 05 marzo 2020, n. 6324, *Investitori e danni da omessa vigilanza di Consob e Banca d’Italia: la giurisdizione è del giudice ordinario*, in «Dir. gius.», 2020.

⁷ D. Stanzone, *Sulla responsabilità della Consob per omessa o inadeguata vigilanza: substance over form*, in «Banca borsa tit. cred.», nota a Cass. Civ., 23 marzo 2011, n.6681, sez. III, 2013, p. 369. In questo modo si è tracciata la rotta, secondo G. Scognamiglio, *La responsabilità civile della Consob*, in «Riv. dir. comm.», 2006, pp. 701-702, verso il superamento di una «obiezione che era stata in precedenza sollevata contro l’assunto di una responsabilità civile della Consob e delle autorità di vigilanza in genere: l’obiezione secondo la quale, in assenza di indici normativi circa il riconoscimento di una posizione di interesse in capo ad un determinato soggetto o categoria di soggetti (nel caso specifico, l’investitore), il pregiudizio da questi patito rimarrebbe sul piano del danno meramente patrimoniale, che può aspirare ad una riparazione per equivalente solo collocandosi nell’alveo della responsabilità da inadempimento di un (preesistente) obbligo». *Ibid.* Sul punto, si registra la presenza di un interesse qualificato, derivante da norme di diritto pubblico, che disciplinano la funzione di vigilanza. B. Andò, *Il problema della responsabilità delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari. Profili comparatistici*, Milano, 2008. La funzione è affidata a un giudice amministrativo nella cui giurisdizione ricade la vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul risparmio. Il consumatore, a tal proposito, ha un interesse al corretto esercizio del potere. Si veda, sul punto, C. M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977. La Cassazione, invece, ha fatto riferimento al diritto all’integrità patrimoniale e, quindi, una controversia meramente risarcitoria conseguente alla lesione di un diritto soggettivo. Cass. Civ., 23 marzo 2011, n.6681.

⁸ Cass. Civ. Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500.

giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto».

A partire da questa storica sentenza è venuta meno quella sorta di immunità di cui godeva la pubblica amministrazione in tema di responsabilità derivante da approvazione di un prospetto informativo⁹.

Infatti, alla luce del nuovo orientamento, la giurisprudenza ha cominciato ad occuparsi della della responsabilità con riferimento alla natura, al contenuto, ai limiti della stessa ed alla tipologia dei danni risarcibili¹⁰.

⁹ C. Russo, *Commento all'art. 94-bis TUF*, cit., p. 906. Malgrado questo approccio, per un certo periodo di tempo, gli esperti del settore maturarono la convinzione che la responsabilità della Consob dovesse essere considerata non di natura extracontrattuale (ex art. 2043 c.c.) ma piuttosto contrattuale (art. 1218 c.c.), in quanto si sosteneva che il contatto tra amministrazione e cittadino, che discendeva dalle disposizioni del procedimento, potesse equipararsi a quello delle parti di un contratto. Tale considerazione si basava sull'assunto che il procedimento amministrativo "dava vita" a un contatto sociale qualificato tra *Authority* e privato, la cui violazione avrebbe costituito inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c. c. Tuttavia, nel contesto della procedura di approvazione del prospetto, non è possibile evincere alcun contatto "materiale" tra la Consob e gli investitori, né alcun tipo di rapporto contrattuale, considerato che l'autorità è chiamata a realizzare un interesse pubblico generale con strumenti di natura negoziale. A. D'Agostini, *Omessa vigilanza della Consob sul prospetto informativo*, in «AS Finanza & Consumo», 2019. Per converso, una corrente dottrinale opposta, basata sul presupposto della "terzietà" degli investitori rispetto ai soggetti vigilati, sostiene che la responsabilità civile della Consob potrebbe rappresentare invero una forma di responsabilità da mancato o inesatto adempimento di preesistenti obblighi legali (i.e. "di protezione" degli investitori). In tal senso C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, p. 148 ss.; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, spec. 524. Più in generale, sulla responsabilità da inadempimento di un preesistente obbligo discendente dalla legge, L. Mengoni, *voce Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072.

¹⁰ In dottrina, si vedano, A. Paralupi, *Responsabilità civile da prospetto: informazione e danno ingiusto*, in «Riv. dir. comm.», 2001, p. 565; A. Stabellini, *Responsabilità della Consob per omessa vigilanza E nesso di causalità tra condotta omissiva e danno*, in «Società», 2001, p. 973; A. Anelli, *La responsabilità da prospetto fra novità legislative e sentenze della Suprema Corte*, in «Società», 2011, p. 411. Inoltre, la responsabilità contrattuale discende dall'inadempimento di un'obbligazione che può avere come fonte non solo un contratto – o un contatto sociale qualificato – ma anche la legge. La natura contrattuale della responsabilità dell'*Authority* potrebbe, dunque,

Merita altresì di essere menzionata la sentenza della Corte di Appello di Milano¹¹ secondo cui il ruolo della Consob non è tanto quello di garantire la “convenienza” dell’operazione ma, piuttosto, della genuinità della sottoscrizione del pubblico risparmio – relativamente al contenuto del prospetto – in modo tale da fornire ai risparmiatori una valutazione corretta e ponderata relativamente alle scelte d’investimento, sulla base di un prospetto informativo veritiero, il cui controllo è rimesso alla Consob¹².

fondarsi anche sull’inadempimento di un obbligo di vigilanza stabilito *ex lege*. A livello giurisprudenziale, la prima sentenza che ha tenuto conto di tale nuovo orientamento è stata quella della Cass. Civ., 3 marzo 2001, n. 3132, nel caso «Hotel Villaggio Santa Teresa». La Consob è stata condannata per avere danneggiato la struttura a seguito del mancato controllo di veridicità e completezza delle informazioni contenute nel prospetto. A seguito di questa sentenza, ancora la Cassazione è intervenuta nel 2009 (Cass. Civ., 25 febbraio 2009, n. 4587, in *Foro it.*, 2009, 3354), in base alla cui decisione è stato ritenuto che il «comportamento omissivo dell’autorità di vigilanza costituisca causa della perdita subita dai risparmiatori, danneggiati dall’affidamento sulla veridicità dei dati riportati nel prospetto e che per converso, la condotta doverosa della medesima autorità preposta [...] avrebbe impedito la verifica dell’evento». C. Russo, *Commento all’art. 94-bis TUF*, cit., p. 907. Ancora, la Cassazione è intervenuta nel 2011 affermando la natura extracontrattuale della responsabilità della Consob. Nella sentenza Cass. Civ., 23 marzo 2011, n. 6681, in «Società», 2011, p. 793, la Corte ha ritenuto che la Consob sia «tenuta a subire le conseguenze stabilite dall’art. 2043 c.c. atteso che tali principi di garanzia si pongono come limiti esterni alla sua attività discrezionale, ancorché il sindacato di questa rimanga precluso al giudice ordinario». In particolare, è stata affermata la responsabilità aquiliana della Consob, in quanto «l’attività cui è preposta deve effettuarsi non solo nei limiti e con l’esercizio dei poteri previsti dalle leggi speciali che la istituiscono, ma anche sulla base della norma primaria del *neminem laedere*, in considerazione dei principi di legalità, imparzialità e buona amministrazione dettati dall’art. 97 Cost., in correlazione con l’art. 47 Cost., prima parte».

¹¹ App. Milano, 21 ottobre 2003, con note di: R. Caranta, *La responsabilità delle autorità di vigilanza per mancato o insufficiente esercizio dei loro poteri*, in «Resp. civ. prev.», 2004, p. 181; S. Russo, *Responsabilità della Consob per mancato controllo del prospetto*, in «Giur. comm.», 2004, p. 653; E. Lucchini Guastalla, *Falsità del prospetto informativo, danno agli investitori e responsabilità civile della Consob*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2004, I, p. 213; B. Andò, *Nesso*, p. 223; A. Tina, *Responsabilità della Consob per omessa vigilanza sulla veridicità delle informazioni contenute nel prospetto informativo*, in «Corr. Giur.», 2004, p. 933; F. Fanti, *Vigilanza sui mercati, responsabilità della Consob e risarcibilità del danno*, in «Società», 2004, p. 52; M. Santucci, *Responsabilità della Consob per omessa vigilanza colposa*, in *Contratti*, 2004, p. 337.

¹² Si veda, Trib. App. Milano, 21 ottobre 2003.

In tal senso, quindi, «la mancanza, da parte dell'organo di controllo, di qualsiasi attività di verifica e accertamento, in presenza di rilevanti e significativi elementi di sospetto, pubblicizzati dalla stessa stampa nazionale ed in presenza di falsità facilmente rilevabili, costituisce violazione della diligenza minima connessa alle funzioni attribuite all'organo di controllo e costituisce fonte di responsabilità extracontrattuale della Commissione stessa»¹³.

Pertanto, la maggior parte della dottrina e la giurisprudenza unanime, individua la responsabilità della Consob nei confronti degli investitori, nell'archetipo della responsabilità extracontrattuale¹⁴.

3. Soluzioni proposte e rilievi sistematici

Con riguardo alla responsabilità per omesso controllo di prospetto informativo il decreto legislativo 58/98 (TUF), all'articolo 91, dispone che la Consob nell'esercizio dei propri poteri deve avere riguardo alla tutela degli investitori, nonché alla trasparenza ed all'efficienza del mercato¹⁵.

Secondo parte della dottrina, la responsabilità dell'autorità che procede all'approvazione di un prospetto informativo i cui dati si rivelino incompleti o non veritieri, dovrebbe limitarsi esclusivamente alle fattispecie di colpa grave, ossia ai casi di non veridicità manifesta delle informazioni contenute nel prospetto¹⁶.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ A. D'Agostini, *Omessa*, cit.

¹⁵ Si veda, per un'analisi dell'articolo, S. Bernardo, *Art. 91*, in G. Cavallaro, (a cura di), *Commentario al Testo Unico della Finanza*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, p. 403.

¹⁶ P. Fioruzzi, E. S. De Nardis e N. B. Puppieni, *Sub art. 94-bis*, in M. Fratini e G. Gasparri (a cura di), *Il Testo Unico della Finanza, artt. 91-165-septies*, tomo II, Torino, 2012, pp. 1096-1097. Tale visione è confermata anche da parte della giurisprudenza; si veda, *ex multis*, Cass. Civ., sez. I, 17 novembre 2016, n. 23418, *Responsabilità dei commissari ed esperti della Consob per i danni subiti dagli investitori in conseguenza dell'inidoneo controllo sulla veridicità del prospetto*, in «Foro it.», 2016, p. 377. Nello specifico, la Corte afferma come possono essere considerate corrette le statuizioni con cui il giudice accerti la colpa grave in capo ai commissari ed esperti della Consob «asseritamente responsabili per il danno subito dagli investitori in conseguenza dell'inidoneo controllo sulla veridicità del relativo prospetto, ritenendosi vincolato da quanto stabilito nella precedente decisione della Suprema corte in ordine alla falsità di detto prospetto, nonché

Ciò, precisamente, in considerazione di due elementi: da un lato, va tenuto conto della complessità dell'attività di controllo che gli organi di vigilanza sono chiamati a svolgere; dall'altro lato, è possibile estendere al controllo sul prospetto informativo il dettato dell'art. 2236 c.c., in tema di professionisti intellettuali¹⁷.

Per converso, l'orientamento dottrinale contrapposto ritiene che la diligenza richiesta alla Consob non possa essere che quella prevista dall'art. 1176, comma 2, c.c. e, pertanto, assume rilevanza la colpa lieve considerata come «mancato dispiegamento della diligenza media richiesta dalla natura dell'attività esercitata»¹⁸.

Tale prospettiva, in particolare, ha evidenziato come la limitazione della responsabilità della Consob non abbia nulla a che vedere con quella prevista ai sensi dell'art. 2236 c.c.¹⁹.

alla sua rilevabilità, e curando di tenere distinte le situazioni di ciascuno dei soggetti coinvolti». Del medesimo avviso anche la pronuncia della Corte App. Milano, 24 dicembre 2012, n. 4201, *Intermediari finanziari (promotori finanziari) - Violazione degli obblighi informativi nei confronti del cliente*, in «Resp. civ. prev.», 2013, p. 1622. In particolare, ribadendo la responsabilità quantomeno per colpa grave da parte dei commissari della Consob, si aggiunge, altresì, la responsabilità anche nei confronti dei soggetti che «partecipando all'istruttoria in qualità di esperti collaboratori della Consob, abbiano omesso di segnalare le falsità facilmente rilevabili dai documenti depositati». A. Mora, *Brevi note in tema di responsabilità civile della Consob*, in «Resp. civ. prev.», 2011, p. 2181 ss.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 2236 c.c., «[s]e la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave». Peraltro, è anche vero che l'articolo 2236 c.c. può essere considerato un'eccezione rispetto alla regola generale della «rilevanza della colpa lieve che non si presta ad un'estensione generalizzata».

¹⁸ L'art. 1176 c.c. recita: «[n]ell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata». Per un approfondimento del tema della diligenza imposta al professionista si veda, in giurisprudenza, Trib. Torre Annunziata sez. I, 20 gennaio 2014, n. 245, *Responsabilità civile - Professionisti*; Corte App. Roma, sez. IV, 22 giugno 2020, (ud. 23/04/2020, dep. 22/06/2020), n. 3022, *Intermediazione finanziaria e mercato mobiliare*; Corte App. Firenze, sez. II, 10 febbraio 2020, (ud. 09/01/2020, dep. 10/02/2020), n. 355, *Titoli di credito*. Per la dottrina, si vedano, F. Greco, *La responsabilità degli esponenti bancari: un criterio metodologico di determinazione del danno*, in «Responsabilità civile e previdenza», 2020, p. 6 ss.; E. Loffredo e G. Racugno, *Rassegna di giurisprudenza. Società a responsabilità limitata*, in «Giur. comm.», 2019, p. 1177 ss.

¹⁹ G. Facci, *Il danno da informazione finanziaria inesatta*, in «Strumenti del Diritto.», 2009, p. 198.

In questo senso, infatti, l'interpretazione corrente dell'art. 2236 c.c. è che, «ai fini della limitazione della responsabilità, la condotta del professionista debba essere limitata alla colpa grave nei casi in cui l'esecuzione della prestazione comporti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà e non routinari»²⁰.

Mentre la limitazione, a tal proposito, assume rilievo minore con riferimento specifico all'imperizia, per quel che concerne la diligenza e la prudenza, per converso, si ritiene non vi sia alcuna limitazione della responsabilità e, di conseguenza, il professionista risponde anche per colpa lieve, considerata la rilevanza, appunto, soltanto dell'imperizia²¹.

Per questo motivo, tale dottrina ha ritenuto che l'azione di responsabilità per colpa grave possa essere assimilata ad un'azione di rivalsa della pubblica amministrazione ai danni del dipendente che abbia agito causando un danno a terzi, non configurandosi la colpa grave della Consob come una imperizia²².

In conclusione, dunque, l'autorità può essere considerata esente da colpa nei casi in cui, utilizzando i criteri d'indagine o di ricerca che vengono utilizzati generalmente dagli operatori e analisti finanziari, non consenta dubbi in merito alla attendibilità dei dati contenuti all'interno della bozza di prospetto o nei documenti forniti in sede di deposito dell'istanza d'autorizzazione²³.

²⁰ A. Mora, *Brevi note*, cit., p. 2185.

²¹ Si veda sul punto, *ex multis*, F. Galgano, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, p. 82. Imperizia che, peraltro, consiste principalmente «nella violazione di regole tecniche e nella mancanza di determinate cognizioni». A. Mora, *Brevi note*, cit., p. 2186.

²² *Ivi*, pp. 2185-2186. L'autore, in particolare, afferma come la responsabilità civile della Consob possa essere assimilata, per un certo verso, a quella dei magistrati, nei confronti dei quali «la rilevanza dei soli casi di colpa grave corrisponde alla scelta legislativa di creare un sistema di immunità per i magistrati». G. Facci, *Il danno*, cit., p. 198. Più in generale, sul tema del rapporto tra la responsabilità civile delle autorità indipendenti e la responsabilità dei magistrati, si veda anche P. G. Monateri, *La responsabilità civile delle Autorità garanti*, in «Danno resp.», 2000, p. 363 ss. Ultimo spunto meritevole di menzione, in tema di *class action*, «le autorità amministrative indipendenti sono sottratte alla possibilità di essere evocate in giudizio, secondo quanto previsto dal comma 1 ter del d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, e che l'art. 140-*bis* cod. cons. che riconosce, quali legittimati passivi delle azioni collettive risarcitorie, le sole imprese, impedendo così ai risparmiatori di tutelare collettivamente la loro posizione giuridica nei confronti delle autorità amministrative indipendenti e quindi della Consob». A. Mora, *Brevi note*, cit., pp. 2186-2187.

²³ G. Romagnoli, *La Consob*, cit., p. 758.

Di contro sarà possibile ravvisare una situazione di negligenza da parte della Consob nel caso in cui, mediante l'applicazione dei summenzionati criteri, si sarebbe potuto giungere all'individuazione di una mancanza o sarebbe potuto ragionevolmente emergere un dubbio da cui potesse discendere la necessità che fossero effettuati ulteriori accertamenti o emessi provvedimenti cautelari²⁴.

4. *Profili comparatistici: l'esperienza tedesca, inglese e francese*

Come si è evidenziato, nel nostro sistema giuridico è possibile ravvisare come l'attività della pubblica amministrazione «anche nel campo della pura discrezionalità, deve svolgersi nei limiti posti non solo dalla legge, ma anche della norma primaria del “*neminem laedere*”, sicché, in considerazione dei principi di legalità, imparzialità e buona amministrazione dettati dall'art. 97 cost., la p.a. stessa è tenuta a subire le conseguenze stabilite dall'art. 2043 c.c., atteso che tali principi si pongono come limiti esterni alla sua attività discrezionale, ancorché il sindacato di questa rimanga precluso al giudice ordinario»²⁵.

Pertanto, risulta fondata l'affermazione della responsabilità civile della Consob, ex art. 2043 c.c., nei casi in cui l'illecito commissivo od omissivo posto in essere con dolo o colpa dalla Commissione stessa sia connesso al danno causato all'investitore²⁶.

Ciò posto, mentre l'ordinamento italiano considerava nei termini sopra riportati la responsabilità civile della Consob, il quadro giuridico nel panorama comunitario si differenzia, con un uniforme orientamento positivo nei diversi Paesi²⁷.

Partendo, *ex multis*, dall'esperienza giuridica tedesca, va rilevato

²⁴ *Ibid.*

²⁵ D. Stanzione, *Sulla responsabilità*, cit., pp. 370-371.

²⁶ Sul punto, F. Di Camillo, *Responsabilità aquiliana della Consob*, nota a sentenza, Cass. Civ., sez. III, sentenza 23/03/2011 n. 6681.

²⁷ D. Stanzione, *Sulla responsabilità*, cit., p. 371. Sul punto, si veda anche F. Vella, *La responsabilità civile delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari: alla ricerca di un equilibrio tra immunità e tutela degli investitori*, in «A.G.E.», 2002, p. 299. L'autore afferma, in particolare, come nei «paesi con mercati finanziari più sviluppati [...] la regolamentazione segna in qualche modo una evoluzione esattamente opposta alla nostra, con un forte [...] grado di protezione dell'operato delle Autorità».

che essa contempla l'immunità dell'autorità di vigilanza sul settore finanziario verso i terzi che non siano diretti destinatari dei poteri di tutela delineati dalla normativa di settore²⁸.

Nello specifico, tale previsione «è stata fatta derivare dall'assunto per cui la legge istitutiva dell'autorità medesima ne finalizza l'operato unicamente alla cura ed alla tutela dell'interesse pubblico in generale e non, quindi, di individui o categorie di individui determinati, come gli investitori (presupposto ritenuto invece essenziale affinché possa trovare campo la responsabilità della P.A., secondo il principio noto come *Drittbezogenheit*)»²⁹.

Tale impostazione, oltretutto, non ha avuto alcun tipo di censura da parte della Corte di Giustizia europea³⁰. La Corte, nel caso di specie, ha considerato una serie di Direttive³¹ secondo la cui interpretazione è

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.* Su tale punto, si rinvia a G. Scognamiglio, *La responsabilità*, cit., p. 710. L'autore, in particolare, fa riferimento alla sezione 839 del BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* – il Codice Civile tedesco), aggiungendo che nell'ordinamento italiano, comunque, «un argomento simile a quello che in Germania si ricava dal § 839 BGB [...] non sarebbe meritevole di accoglimento, in quanto più di una disposizione del t.u.i.f. sembra voler espressamente affermare il principio della *Drittebezogenheit* [che implica che le autorità statali siano responsabili solo della violazione di quegli obblighi inerenti alla posizione il cui esercizio è espressamente destinato a un terzo, cioè il suo obiettivo è quello di tutelare il diritto di un terzo] del potere attribuito all'Autorità di vigilanza, potere al quale le norme positive sopra menzionate (in particolare, gli artt. 5 e 74 del t.u.i.f.) assegnano – fra gli altri – l'obiettivo della tutela degli investitori [...] aprendo con ciò la strada all'affermazione di una responsabilità dell'Autorità nei confronti dei medesimi ed in particolare all'enforcement giudiziale di pretese risarcitorie nei confronti dell'Autorità di vigilanza, in relazione alle ipotesi in cui l'omesso ovvero il cattivo esercizio della potestà di vigilanza abbia cagionato un danno giuridicamente rilevante agli investitori». *Ibid.*

³⁰ Sul punto, si veda G. Carriero, *La responsabilità civile delle autorità di vigilanza (in difesa del comma 6-bis sub art. 24 della legge sulla tutela del risparmio)*, in «Foro it.», 2008, p. 6 secondo il quale la posizione assunta dalla Corte di Giustizia nella richiamata pronuncia «ha indubbiamente conferito maggiore legittimazione a tale sistema e favorito il recente rigetto dell'azione risarcitoria di alcuni depositari nei confronti della BaFin per supposta omessa vigilanza (*Bundesgerichtshof*, 20 gennaio 2005...)».

³¹ *Ex multis*, la Direttiva del Consiglio 12 dicembre 1977, 77/780/CEE, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'accesso alle attività degli enti creditizi ed il suo esercizio; la Direttiva del Consiglio 17 aprile 1989, 89/299/CEE, concernente i fondi propri degli enti creditizi; la Direttiva del Consiglio 15 dicembre 1989, 89/646/CEE, relativa al coordinamen-

conforme alla configurazione dell'ordinamento nazionale tedesco nella misura in cui, comunque, sia tutela la figura dell'investitore³².

Pertanto, «[a] seguito dell'accentramento della funzione di vigilanza sui mercati finanziari, siffatta radicale limitazione di responsabilità è ora contemplata dall'art. 4 della legge relativa alla vigilanza integrata sui sistemi finanziari del 22 aprile 2002»³³.

In altre parole, dunque, l'immunità dell'autorità di vigilanza competente può essere ritenuta del tutto coerente con il diritto dell'Unione europea solo nei casi in cui essa sia opportunamente controbilanciata da regole certe il cui obiettivo sia quello di assicurare, in ogni caso, la responsabilità dell'autorità stessa³⁴.

Diversamente, in Gran Bretagna e in Irlanda l'ipotesi di responsabilità dell'autorità di vigilanza sul settore finanziario è stata ammessa limitatamente alle sole ipotesi di c.d. *bad faith*³⁵.

to delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780.

³² D. Stanzione, *Sulla responsabilità*, cit., pp. 371-372.

³³ G. Carriero, *La responsabilità*, cit., p. 221 ss. Si veda, inoltre, nella letteratura straniera, *inter alia*, T. Krümmel e R. M. D'Sa, *Implementation by German Courts of the Jurisprudence of the European Court of Justice on State Liability for Breach of Community Law as Developed in Francovich and Subsequent Cases*, in «EU bus. L. Rev.», 2009, p. 273 ss.

³⁴ D. Stanzione, *Sulla responsabilità*, cit., pp. 371-372. Sul punto, si vedano anche M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 62 ss.; M. Pastore, *Consob e omessa vigilanza: un modello di responsabilità in corso di definizione*, in «Danno resp.», 2011, p. 1182.

³⁵ Per un approfondimento del concetto di *bad faith*, si veda T. Blyth e E. Cavalli, *The liability of the Financial Services Authority after Three Rivers*, in «J. int'l fin. mar't» 2001, p. 199 ss. Secondo quanto affermato da G. Carriero, *La responsabilità*, cit., p. 4, le scelte giurisprudenziali operate «confermano l'approccio restrittivo al riconoscimento della responsabilità civile. Tra le ultime pronunce, degne di nota sono quelle relative alle azioni di danno intentate dai risparmiatori nei confronti della Banca d'Inghilterra per gli omessi controlli di vigilanza relativi alla Bank of Credit and Commerce International (B.C.C.I.). Dopo le pronunce dei giudici di merito, di rigetto delle tentate azioni, la House of Lords, in due decisioni rese agli inizi di questo millennio, conferma gli ostacoli di siffatta azione rivenienti dalla norma limitativa dei criteri d'imputazione. In particolare, la sentenza del 22 marzo 2001, pur riconoscendo che non è sufficiente al fine di escludere la responsabilità della banca che questa alleggi la propria ignoranza in ordine alle reali condizioni in cui versavano i soggetti sottoposti a vigilanza, conferma che la semplice negligenza (o, in positivo, la violazione del

In tal senso, già il *Banking Act* del 1987 – antecedente al *Financial Services and Markets Act* del 2000 – sanciva l'immunità dell'Autorità di vigilanza. Essa, *ope legis*, è stata confermata nel nuovo testo normativo nonostante la proposta, avanzata in Parlamento dall'opposizione, di estendere l'area della responsabilità civile qualora l'autorità di vigilanza «avesse agito “*unreasonably, recklessly, or negligently*”»³⁶.

Tuttavia, si è ritenuto che tale allargamento potesse condizionare, in qualche modo, in maniera eccessiva l'operato dell'autorità competente al controllo³⁷.

Alla stessa stregua di quanto detto per il Regno Unito, in Francia, il parametro soggettivo di imputazione della responsabilità, soprattutto in considerazione dell'elevato grado di complessità dell'attività di vigilanza, «è stato tradizionalmente confinato alla colpa grave (c.d. *faute lourde*), oltre che – chiaramente – al dolo»³⁸.

In Francia, in particolare, «l'area della responsabilità veniva tradizionalmente delimitata dal criterio della colpa grave prima che alcune decisioni, ancora una volta prendendo spunto dalla crisi della BCCI, ritenessero applicabile il principio della colpa lieve»³⁹.

duty of care) non è tuttavia sufficiente a radicare il giudizio di responsabilità civile a fronte della mancata dimostrazione di un comportamento intenzionale». *Ibid.*

Per un più generale raffronto fra il sistema inglese ed il sistema tedesco si veda B. S. Markesinis, *Judicial style and judicial reasoning in England and Germany*, in «Cambridge L.J.», 2000, p. 294 ss.

³⁶ F. Vella, *La responsabilità*, cit., p. 299.

³⁷ *Ibid.* In particolare, la Sezione 90 del FSMA fornisce un motivo di azione per un investitore qualora i dettagli di quotazione o un prospetto relativo ai titoli contengano dichiarazioni false o fuorvianti o se non includono le informazioni richieste dalla legge. La Sezione 90a del FSMA ha un'applicazione più ampia, ma in un certo senso è molto più ristretta. Si applica, infatti, a tutte le pubblicazioni che un emittente fa al mercato, o la cui disponibilità è annunciata fornendo un rimedio agli investitori che hanno subito. Tuttavia, lo standard di colpa è superiore a quello della Sezione 90 ed è simile all'avventatezza (piuttosto che alla negligenza): l'emittente, infatti, è responsabile solo se un amministratore sia a conoscenza della dichiarazione falsa o fuorviante, o se abbia causato disonestamente un ritardo nella divulgazione di un fatto materiale.

³⁸ D. Stanzione, *Sulla responsabilità*, cit., p. 372. Sul punto, anche H. De Vauplane e J.P. Bornet, *Droit des marchés financiers*, Paris, Litec, 1998, p. 154 ss.; R. D'ambrosio, *La responsabilità delle autorità di vigilanza: disciplina nazionale e analisi comparatistica*, in Aa.Vv., *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, E. Galanti (a cura di), Padova, 2008, p. 263 ss.

³⁹ F. Vella, *La responsabilità*, cit., p. 301.

La giurisprudenza del *Conseil d'Etat* è, in merito alla limitazione di responsabilità dell'organo di controllo francese alle ipotesi di colpa grave, unanime. Infatti, viene confermata in una pronuncia del 16 novembre 2001 relativamente alle funzioni di vigilanza svolte dalla *Commission bancaire*⁴⁰.

5. *Riflessioni conclusive*

Dalla pubblicazione di un prospetto informativo o di un documento di offerta incompleto o non veritiero possono inevitabilmente scaturire distinti profili di responsabilità a seconda dei diversi soggetti coinvolti.

In tal senso, infatti, il prospetto funge da comunicazione sociale, strumento di informazione del mercato ed elemento genetico del contratto.

Siffatta evenienza presuppone che il prospetto divenga un veicolo attraverso il quale dati e informazioni in esso contenuti possano ledere i differenti interessi, individuali e generali, coinvolti dall'operazione di sollecitazione all'investimento.

Pertanto, la predisposizione di un modello di vigilanza che possa ispirarsi ad alcuni parametri specifici (si pensi, *inter alia*, alla corretta ed esauriente raccolta delle informazioni, la congruità e tempestività dei controlli), verificabili nel paradigma di un controllo sostanziale appare lo strumento migliore al fine di giungere a un effettivo contenimento degli interessi pubblici previsti dal t.u.f. e alla cui salvaguardia la Consob è preposta, coerentemente con il relativo ruolo costituzionale che la stessa ha relativamente alla tutela pubblico risparmio.

Come accade in questi casi, sarà compito delle circolari e delle direttive delle stesse *Authority*, nonché dell'opera integrativa del formante giurisprudenziale, quello di riempire di contenuti questi parametri che rimangono, al momento, esclusivamente sulla carta.

⁴⁰ G. Carriero, *La responsabilità*, cit., p. 5. Si vedano, inoltre, G. Alpa e M. Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica e P. Zatti (a cura di), Milano, 2005, p. 711; M. Andenas e D. Fairgrieve, *To supervise or to compensate? A comparative study of state liability for negligent banking supervision, Judicial Review in International Perspective*, London, 2000, p. 333 ss.; R. D'ambrosio, *La responsabilità delle autorità di vigilanza: disciplina nazionale e analisi comparatistica*, in Aa.Vv., *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, E. Galanti (a cura di), Padova, 2008, p. 263 ss.

CARMEN FIORE

L'equity-based crowdfunding: un canale di finanziamento alternativo per le start-up innovative

SOMMARIO: 1. La raccolta di capitale rischio attraverso piattaforme *online*: il *crowdfunding*. – 2. I principali tipi di *crowdfunding*. – 3. La disciplina italiana dell'*equity-based crowdfunding*. – 4. La disciplina europea del *crowdfunding*: il reg. UE 2020/1503. – 5. La gestione dei portali di *equity-based crowdfunding*. – 6. Il processo di raccolta di capitali mediante portali *online*. – 7. Osservazioni conclusive.

1. *La raccolta di capitale rischio attraverso piattaforme online: il crowdfunding*

L'art. 30 del d.l. del 18 ottobre 2012 n. 179, c.d. Decreto Crescita *bis*, ha introdotto nell'ordinamento giuridico nazionale una forma di finanziamento innovativo rispetto ai canali tradizionali¹, ossia l'*equity-based crowdfunding*, il cui scopo è quello di raccogliere capitale per finanziare progetti e imprese attraverso piattaforme *online*².

Si tratta di uno strumento rivolto essenzialmente alle start-up innovative³, in quanto società che, almeno nella fase iniziale, sono prive

¹ D. Scarpa, *Start-up e P.M.I innovative*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 12.

² L'*equity crowdfunding* è un tipo di *marketplace investing* in quanto rappresenta un canale alternativo per il finanziamento delle imprese che ricevono contributi dai privati erogati su portali *online*; cfr. E. Macchiavello, *La modifica al regolamento Consob in materia di equity crowdfunding alla luce dell'evoluzione del diritto finanziario europeo e delle tendenze di regolazione dell'investment based crowdfunding* in «Europa, in Banca, Impresa, Società», 2016, II, p. 287.

³ L'art. 25, co. 2, del d.l. 179/2012 definisce la start-up innovativa come «una società di capitali, anche costituita in forma cooperativa, le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione». La start-up innovativa è una start-up *company*, ovvero una società neocostituita caratterizzata da un alto valore tecnologico.

di un consistente patrimonio. Di conseguenza il ricorso a tale forma di finanziamento nelle start-up innovative risulta molto più rischioso di qualunque società, in quanto si fa riferimento a società neocostituite operanti in settori innovativi.

Il mercato dell'*equity-based crowdfunding* rappresenta una forma di finanziamento partecipativo proveniente dal basso tramite investimenti effettuati in rete da una folla (*crowd*) di utenti, denominati *crowdfunders* che conferiscono somme di denaro (*funding*) per finanziare un progetto imprenditoriale⁴. Il *crowdfunding* può essere definito come una specie di *crowdsourcing*⁵ poiché il ricorso a piattaforme *online* permette di mediare tra gli emittenti e i potenziali investitori⁶.

La platea di finanziatori delle campagne di *equity-based crowdfunding* è solitamente costituita da investitori non professionali, peculiarità denominata dalla stampa economica come fenomeno delle 3F⁷, ossia *family, friends e fools*⁸. La raccolta di capitali di rischio attraverso piattaforme *online* coinvolge quindi tre tipi di soggetti: gli imprenditori che presentano il progetto da finanziare, i sottoscrittori e i fornitori di servizi di *crowdfunding* che svolgono una funzione di mediazione tra il soggetto finanziato e il sottoscrittore⁹.

Le piattaforme *online* possono riguardare numerosi settori, dalla

co e da un elevato rischio di impresa; cfr. A. Nicotra, *L'oggetto sociale nelle start-up innovative*, in «Banca, borsa, tit. cred.», 2020, II, p. 279.

⁴ A. Bolletinari, E. Fregonara, *Il crowdfunding*, in O. Cagnasso, A. Mambriani (diretta da), *Start up e p.m.i. innovative*, Dottrina Casi Sistemi, Zanichelli, Bologna, 2020, p. 861 s.

⁵ G. Gitti, *Emissione e circolazione di cryptoattività tra tipicità e atipicità nei nuovi mercati finanziari*, in «Banca, borsa, tit. cred.», 2020, I, p. 13.

⁶ Il *crowdfunding* rappresenta un modo per effettuare ricerche di mercato, per promuovere il proprio progetto imprenditoriale, per effettuare una prevendita del prodotto e infine è un'opportunità per aumentare il proprio numero di *followers*; sul punto, v. Commissione Europea, *Il crowdfunding. Cos'è*, in www.ec.europa.eu/info/index_it, 2015, p. 9.

⁷ M. Mozzarelli, *L'equity crowdfunding in Italia. Dati empirici, rischi e strategie*, in «Banca, borsa, tit. cred.», 2019, I, p. 654.

⁸ Il finanziamento dei *fools* si caratterizza per l'inesistenza di qualunque legame tra il finanziatore e il soggetto finanziato.

⁹ G. Policaro, *Lo sviluppo in Italia dell'equity crowdfunding. Un fenomeno sempre più regolamentato a fronte di prospettive potenzialmente dirompenti*, in «Osservatorio del diritto civile e commerciale», 2019, I, p. 69.

finanza all'arte, dalla tecnologia al sociale; tuttavia, i portali possono decidere di operare per specifiche aree territoriali e si differenziano in base ai tipi di progetti presentati.

L'Italia è il primo Paese in Europa ad aver adottato una normativa specifica relativa al solo *equity-based crowdfunding*¹⁰, mentre negli altri Paesi risulta regolato nell'ambito di discipline già esistenti¹¹.

Una delle prime forme di *crowdfunding* risale al XVI secolo quando le Borse Valori olandesi si occupavano di raccogliere capitale per finanziare i viaggi della Compagnia delle Indie. Successivamente, nel 1875 il giornalista *Joseph Pulitzer* decise di lanciare, con un articolo, una campagna per finanziare la costruzione del piedistallo della Statua della Libertà¹².

L'utilizzo delle piattaforme *online* per la presentazione di campagne di *crowdfunding* per la raccolta di capitale di rischio risale agli anni '90. In Italia, una delle prime campagne *online* è stata presentata nel 2013 dalla piattaforma italiana *DeRev* per la ricostruzione della Città della Scienza di Napoli¹³, distrutta in seguito ad un incendio¹⁴.

Il totale delle campagne pubblicate dalle imprese dal 2013 è pari a 505 di cui 349 da start-up innovative¹⁵. Dal punto di vista della distribuzione territoriale, la maggior parte delle start-up innovative che hanno lanciato campagne di *equity crowdfunding* hanno sede in Lombardia (nel 39,4% dei casi); seguono Lazio (10,8%) e Piemonte

¹⁰ In Italia le campagne di *equity crowdfunding* sono considerate come un mezzo provvisorio per la raccolta di capitali, negli Stati Uniti, invece, sono una valida alternativa ai tradizionali sistemi di raccolta di risorse finanziarie; sul punto, v. F. Accettella, N. Ciocca, *Emittente e portale nell'equity-based crowdfunding*, in «Giur. Comm.», 2017, II, p. 250.

¹¹ P. Piantavigna, *Start-up innovative e nuove fonti di finanziamento*, in «Riv. dir. fin. sc. fin.», 2014, II, p. 264.

¹² Cfa Society Italy, *Equity crowdfunding. La normativa, I trend, le valutazioni. Una ricerca empirica del mercato italiano*, in www.cfasi.it, 2020, p. 12.

¹³ In precedenza, era utilizzato per ottenere fondi per il finanziamento di campagne elettorali; sul punto, v. I. Capelli, *L'equity based crowdfunding e i diritti del socio*, in «Orizzonti del diritto commerciale.», 2014, I, p. 24.

¹⁴ Cfa Society Italy, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵ S. Patuanelli, *Relazione annuale al Parlamento sullo stato di attuazione e l'impatto delle policy a sostegno di startup e PMI innovative*, in www.mise.gov.it/index.php/it/, 2020, p. 71 s.

(7,7%)¹⁶. È così possibile delineare una specie di *identikit* del sottoscrittore¹⁷: una persona fisica; un individuo di sesso maschile; lombardo; di età compresa tra i 36 e 49 anni.

Inoltre, solitamente i capitali ottenute sono utilizzati nel 55% dei casi per sviluppare iniziative di *marketing*, nel 33% per creare *app*, invece nel 31% dei casi per investire in ricerca e sviluppo o innovazione¹⁸.

2. I principali tipi di crowdfunding

Esistono differenti tipi di *crowdfunding*¹⁹: il *reward-based*, l'*equity-based*, il *donation-based crowdfunding*, il *royalty-based crowdfunding*, il *social lending* e il *do-it-yourself crowdfunding*²⁰.

Con le piattaforme di *reward-based* l'imprenditore offre agli utenti, in base all'offerta ricevuta, una ricompensa di carattere non finanziario come beni o servizi che si intendono realizzare attraverso la richiesta di finanziamento.

L'*equity-based crowdfunding* consiste nell'incontro, tramite un gestore di portali, tra le imprese con potenziali investitori non professionali.

Nel modello del *donation-based crowdfunding* viene raccolto denaro per il finanziamento di campagne di beneficenza, di conseguenza gli investitori pur offrendo piccoli importi non ricevono nessuna ricompensa di carattere finanziario²¹.

Con il *royalty-based crowdfunding*, invece, gli investitori partecipano ai ricavi generati dalla raccolta di capitale, ma senza ottenere alcun titolo di proprietà sul progetto.

¹⁶ S. Patuanelli, *op. cit.*, p. 72.

¹⁷ M. Mozzarelli, *op. cit.*, p. 660.

¹⁸ S. Patuanelli, *op. cit.*, p. 72.

¹⁹ A. Bollettinari, E. Fregonara, *op. cit.*, p. 863.

²⁰ I differenti tipi di *crowdfunding* possono essere distinti in base a due categorie: il *community crowdfunding* la cui raccolta di capitale è avviata per scopi di solidarietà, ne sono un esempio il *donation-based crowdfunding* e il *reward-based crowdfunding*; e il *financial return crowdfunding* la cui raccolta di capitale è avviata per scopi speculativi, quali il *peer-to-peer-lending* e l'*equity-based crowdfunding*; cfr. A. Viceconte, *Il peer to peer lending*, in *Il Societario*, 2021, I, p. 20.

²¹ Commissione Europea, *op. cit.*, p. 7.

Il *social lending* o *peer-to-peer-lending* o *P2P Lending* rappresenta un prestito erogato da privati ad altri privati senza passare attraverso i canali tradizionali di mediazione. Rappresenta perciò un'alternativa diretta al prestito bancario in quanto le imprese possono ottenere denaro da molte persone che indicano il tasso d'interesse al quale sarebbero disposte a prestare²².

Con il *do-it-yourself crowdfunding* (DIY) l'imprenditore, direttamente dal proprio sito *web*, presenta campagne per la raccolta di capitali di rischio.

Infine, il *real estate crowdfunding* rappresenta un sottoinsieme del *crowdfunding*, dove gli investitori possono partecipare al finanziamento di un progetto immobiliare in cambio di una remunerazione del capitale²³.

Nonostante sia più frequente il ricorso a piattaforme di *reward-based* e di *donation-based crowdfunding*²⁴, negli ultimi anni si è assistito a un netto aumento delle piattaforme di *equity-based crowdfunding*²⁵.

3. La disciplina italiana dell'equity-based crowdfunding

Il d.l. 179/2012, dopo aver definito il fenomeno dell'*equity-based crowdfunding*, ha demandato alla Consob la possibilità di disciplinare l'intero processo di raccolta di capitale di rischio attraverso portali *online*²⁶. La Commissione ha pubblicato, il 26 giugno del 2013²⁷, il reg. n. 18592, introducendo una serie di norme aggiuntive volte a regolare le campagne *online* di strumenti finanziari emessi dalle startup innovative e stabilendo che tali offerte²⁸: non possono superare

²² Commissione Europea, *op. cit.*, p. 14.

²³ Osservatorio Crowdfunding, *5° Report Italiano sul CrowdInvesting*, in www.osservatoriefi.it/efi/, 20 luglio 2020, p. 53.

²⁴ Talvolta nel corso del tempo si sono sviluppate forme ibride tra i vari modelli.

²⁵ Starteed, *Il crowdfunding in Italia. Report 2018*, in www.starteed.com, 2018, p. 8.

²⁶ Il reg. Consob 18592/2012 non si è limitato ad introdurre una disciplina generale, ma ha anche definito il ruolo dei gestori di portali e l'intero processo di erogazione del capitale tramite portali *online*.

²⁷ L'ultimo aggiornamento, n. 21259, è stato apposto il 6 febbraio 2020.

²⁸ Consob, *Equity crowdfunding*, in www.consob.it/web/consob/home, 2019, p. 10.

la somma di cinque milioni di euro; possono essere trattate solo da portali gestiti da soggetti iscritti o annotati nel registro tenuto dalla Consob; possono avere ad oggetto solo strumenti finanziari rappresentativi del capitale di rischio; vanno a buon fine solo se il 5% del loro ammontare è sottoscritto da un investitore professionale; devono riconoscere il diritto di revoca agli investitori per i casi in cui intervengono cambiamenti significativi della situazione della start-up innovativa o delle condizioni d'offerta.

Successivamente il d.l. del 24 gennaio 2015 n. 3, c.d. Decreto *Investment Compact*, ha concesso a tutte le p.m.i. e alle start-up turismo di raccogliere capitali tramite portali *online*. In virtù di tali modifiche, la Consob ha ridefinito il proprio regolamento, pubblicandolo nuovamente il 24 febbraio 2016. Tra le novità introdotte è stato concesso ai gestori autorizzati di scegliere di effettuare le verifiche, per valutare la regolarità dell'operazione²⁹, direttamente *online*; inoltre, il numero di investitori professionali legittimati a partecipare a campagne *online* per la raccolta di capitale è stato ampliato, distinguendoli in investitori professionali su richiesta e investitori a supporto dell'innovazione.

Il d.l. 3 agosto 2017 n. 129 ha adattato la disciplina del *crowdfunding* alle disposizioni della MiFID II³⁰, imponendo ai gestori della sezione ordinaria del registro della Consob l'adesione ad un sistema di indennizzo o la stipulazione di un'assicurazione professionale per eventuali danni arrecati all'investitore.

Il d.l. 24 aprile 2017 n. 50 concede anche alle s.r.l. start-up innovative e p.m.i. innovative di ricorrere alle piattaforme di *equity crowdfunding* per la raccolta di capitali³¹.

Infine, il d.lgs. 25 novembre 2019, n. 165 ha precisato la sola obbligatorietà della copertura assicurativa, tra i requisiti patrimoniali che il gestore di portali deve possedere in conformità della direttiva MiFID II, eliminando l'obbligo di adesione a un sistema di indennizzo a tutela degli investitori.

²⁹ A. Bollettinari, E. Fregonara, *op. cit.*, p. 875.

³⁰ La direttiva MiFID II o *Markets in financial instruments regulation* del 3 gennaio 2018 disciplina i mercati finanziati dell'Unione Europea.

³¹ G. Policaro, *Equity crowdfunding e s.r.l. aperte. Un cambio di paradigma nel nostro ordinamento*, in «Dir. econ.», 2019, III, p. 251.

4. *La disciplina europea del crowdfunding: il reg. UE 2020/1503*

Nel 2013 la Commissione Europea ha deciso di provvedere alla redazione di un regolamento europeo sul *crowdfunding*, al fine di armonizzare la disciplina nei vari Stati membri dell'Unione Europea, in quanto le eventuali differenze tra le normative nazionali potrebbero disincentivare i gestori dei portali nell'offrire i propri servizi in diversi Stati membri e gli investimenti a livello europeo³².

La Comunicazione della Commissione Europea del 27 marzo 2014 n. 172 al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, ha provveduto a definire le linee guida per la creazione di una disciplina comunitaria sul *crowdfunding*, ed ha inoltre costituito un *forum* europeo³³, denominato *European Crowdfunding Stakeholder Forum*, costituito dai rappresentanti delle autorità nazionali, per definire il tema del *crowdfunding*.

Nel 2016 il processo di armonizzazione fu bloccato per l'assenza di un effettivo interesse per tale forma di finanziamento alternativo.

L'8 marzo 2018 la Commissione Europea ha presentato una proposta di regolamentazione alle imprese. Nel 2020 è stato pubblicato il testo finale del Reg. (UE) 2020/1503, c.d. *European Crowdfunding Service Providers Regulation* (ECSPR)³⁴, obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. L'obiettivo è garantire ai fornitori di servizi di operare a livello europeo senza incorrere in normative contrastanti, cercando di promuovere le attività transfrontaliere di finanziamento alle imprese.

Il regolamento si basa sul Piano d'azione per le tecnologie finanziarie (*FinTech*) e sulla Comunicazione per la revisione intermedia del piano d'azione per l'Unione dei mercati dei capitali³⁵.

L'art. 3 del reg. UE 2020/1503 stabilisce che i servizi di *crowdfunding* possono essere forniti solo da persone giuridiche stabilite

³² Di conseguenza le attività di *crowdfunding* erano state confinate esclusivamente ai mercati nazionali.

³³ A. Bollettinari, E. Fregonara, *op. cit.*, p. 868.

³⁴ Il 7 ottobre 2020 è stato adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio.

³⁵ F. Urbani, *Rassegna dei principali interventi legislativi, istituzionali e di policy a livello europeo in ambito societario, bancario e dei mercati finanziari*, in «Riv. Soc.», 2021, I, p. 210.

nell'Unione Europea e autorizzate allo svolgimento di tale attività. Una persona giuridica che intenda fornire tali servizi deve presentare una domanda di autorizzazione all'autorità competente dello Stato membro in cui è stabilito³⁶. Entro venticinque giorni lavorativi dal ricevimento della domanda, l'autorità competente ne valuta la completezza. Se la domanda risulta incompleta, l'autorità fissa un termine entro il quale il candidato è tenuto a trasmettere le informazioni mancanti. Se la domanda è completa, invece, ne informa immediatamente il candidato.

L'art. 12 del reg. UE 2020/1503 ribadisce che l'autorità competente, prima di adottare una decisione, relativa alla possibilità di concedere l'autorizzazione come fornitore di servizi di *crowdfunding*, deve consultare l'autorità competente di un altro Stato membro quando il candidato è: una società controllata da un fornitore di servizi autorizzato in un altro Stato membro; una società controllata dall'impresa madre di un fornitore di servizi autorizzato in tale altro Stato membro; controllato dalle stesse persone fisiche o giuridiche che controllano un fornitore di servizi autorizzato in tale altro Stato membro.

Le autorità competenti che hanno concesso l'autorizzazione hanno il potere di revocarla, qualora il fornitore³⁷: non abbia iniziato l'attività entro diciotto mesi dalla data di concessione dell'autorizzazione; abbia espressamente rinunciato all'autorizzazione; non abbia fornito servizi per nove mesi consecutivi e non sia inoltre più coinvolto nell'amministrazione di contratti che sono il risultato dell'iniziale incontro di interessi, relativi al finanziamento delle imprese attraverso l'uso della sua piattaforma di *crowdfunding*; abbia ottenuto l'autorizzazione in modo irregolare, anche tramite dichiarazioni false nella domanda di autorizzazione; non soddisfi più le condizioni di rilascio dell'autorizzazione; abbia violato gravemente il regolamento.

L'art. 48 del reg. UE 2020/1503³⁸ specifica che le norme nazionali in materia di *crowdfunding* devono essere sostituite dalle norme del regolamento, secondo il quale i fornitori di servizi possono continuare, in conformità al diritto nazionale applicabile, a prestare servizi che

³⁶ Art. 12 del reg. UE 2020/1503.

³⁷ Art. 17 del reg. UE 2020/1503.

³⁸ Definisce il periodo transitorio dei servizi di *crowdfunding* nazionali rispetto al reg. UE 2020/1503.

sono inclusi nell'ambito di applicazione del reg. UE 2020/1503³⁹. Per la durata del periodo di transizione, gli Stati membri possono introdurre procedure speciali al fine di consentire alle persone giuridiche, autorizzate ai sensi del diritto nazionale, di prestare servizi di *crowdfunding*⁴⁰.

5. *La gestione dei portali di equity-based crowdfunding*

L'organo di gestione è colui che esercita professionalmente il servizio di gestione di portali per la raccolta di capitali⁴¹ ed è iscritto in un apposito registro pubblicato nella parte Albi ed Elenchi del Bollettino elettronico della Consob⁴². Il gestore di portali si colloca, quindi, in una posizione intermedia tra gli imprenditori e gli investitori al fine di consentirne l'incontro virtuale⁴³.

Il fornitore di servizi di *crowdfunding* deve rendere disponibili tutte le informazioni riguardanti l'offerta delle start-up innovative, assicurandosi che siano sempre aggiornate e accessibili per almeno i dodici mesi successivi alla chiusura delle offerte e disponibili agli interessati che ne facciano richiesta per un periodo di cinque anni dalla data di chiusura dell'offerta⁴⁴, in modo da comprendere la natura dell'investimento e i relativi rischi connessi⁴⁵.

³⁹ Dal 10 novembre 2021 il regolamento è applicabile in tutti i Paesi dell'Unione Europea. L'entrata in vigore del regolamento ha permesso a tutte le piattaforme nazionali di *equity-based* e *social lending crowdfunding* possono essere operative su tutto il territorio comunitario, ma l'adeguamento delle piattaforme al reg. UE 2020/1503 è però molto costoso soprattutto per le piccole piattaforme.

⁴⁰ Art. 48 del reg. UE 2020/1503.

⁴¹ Art. 50-*quinquies* TUF.

⁴² Art. 6 del reg. Consob 18592/2013.

⁴³ A. Bollettinari, E. Fregonara, *op. cit.*, p. 880.

⁴⁴ L'art. 20 del reg. Consob 18592/2013 precisa che il gestore di portali è tenuto a conservare ordinatamente per almeno cinque anni, in formato elettronico, la copia della corrispondenza e della documentazione contrattuale connessa alla gestione del portale, ivi inclusa: la ricezione degli ordini di adesione alle offerte svolte tramite il portale e l'esercizio dei diritti di recesso e di revoca; la trasmissione degli ordini ai soggetti che ricevono e perfezionano gli ordini ai fini della sottoscrizione degli strumenti finanziari oggetto dell'offerta; la ricezione delle conferme dell'avvenuta sottoscrizione degli strumenti finanziari oggetto dell'offerta.

⁴⁵ Art. 13 del reg. Consob 18592/2013.

Il gestore di portali deve operare con diligenza, correttezza e trasparenza, evitando che gli eventuali conflitti di interesse⁴⁶, che potrebbero sussistere nel corso dello svolgimento dell'attività di gestione di portali, incidano negativamente sugli interessi degli investitori e degli offerenti e assicurando parità di trattamento dei destinatari delle offerte che si trovino in identiche condizioni⁴⁷. Inoltre, si astiene dal formulare raccomandazioni⁴⁸ riguardanti gli strumenti finanziari oggetto delle singole offerte che potrebbero influenzare l'andamento delle adesioni⁴⁹, pertanto non può diffondere notizie che non siano coerenti con le informazioni pubblicate sul portale.

La gestione dei portali può essere riservata a due categorie di soggetti⁵⁰: i gestori di portali autorizzati dalla Consob⁵¹; oppure i gestori di diritto⁵², ovvero le banche e le imprese di investimento (SIM),

⁴⁶ L'art. 13 del reg. Consob 18592/2013 disciplina che il gestore di portali deve elaborare, attuare e mantenere un'efficace politica sui conflitti di interesse, formulata per iscritto, che consenta di individuare le circostanze che generano o potrebbero generare un conflitto di interesse lesivo di uno o più investitori, e che definisca le procedure da seguire e le misure da adottare per prevenire o gestire tali conflitti. Solo quando le procedure elaborate non siano sufficienti per assicurare, che il rischio di nuocere gli interessi sia evitato, il gestore di portali comunica chiaramente agli stessi la natura generale e/o le fonti di tali conflitti e le misure adottate per mitigare i relativi rischi.

⁴⁷ Art. 13 del reg. Consob 18592/2013.

⁴⁸ Non possono eseguire altri servizi di investimento oltre a quelli previsti dalla relativa normativa; sul punto, v. E. Macchiavello, *La travagliata evoluzione normativa dell'equity crowdfunding in Italia, il nuovo regolamento Consob e la prospettiva di regolazione del crowdfunding a livello europeo: una disciplina destinata a breve vita?*, in «Rivista di diritto bancario», 2018, I, p. 149.

⁴⁹ Art. 13 del reg. Consob 18592/2013.

⁵⁰ Di conseguenza la raccolta di capitale si svolge attraverso due tipi di piattaforme *online*, ovvero tramite portali ordinari oppure gestite da banche e società di investimento; sul punto, v. A. Lerro, *Start-up innovative - Aumento di capitale e crowdfunding*, in M. Arena (diretta da), *Start-up*, cit., p. 73.

⁵¹ I gestori sono autorizzati dalla Consob solo nel caso venga accertata la sussistenza dei seguenti requisiti, quali: la forma giuridica di società di capitali; il possesso, da parte dei soci di controllo, dei requisiti di onorabilità; il possesso, da parte dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo, dei requisiti di onorabilità e di professionalità; la presentazione di una relazione sull'attività dell'impresa e sulla struttura organizzativa; sul punto, v. Consob, *op. cit.*, p. 6.

⁵² I gestori di diritto per la regolazione della raccolta di capitale di rischio seguono una duplice normativa, ossia la propria, quali banche o imprese di investimen-

già autorizzati alla prestazione di servizi di investimento, che hanno comunicato alla Consob lo svolgimento della gestione di portali di *equity crowdfunding*⁵³. L'elenco dei gestori di portali è consultabile sul sito della Consob⁵⁴, ed è diviso in due sezioni, una ordinaria, nella quale sono iscritti i gestori di portali e una speciale dove sono inseriti i gestori di diritto.

L'art. 5 del reg. Consob 18592/2013 prescrive che, ai fini dell'iscrizione nel registro, per ciascun gestore iscritto siano indicati: la delibera di autorizzazione e il numero d'ordine d'iscrizione; la denominazione sociale; l'indirizzo del sito *internet* del portale e il corrispondente collegamento ipertestuale; la sede legale e la sede amministrativa; la stabile organizzazione nel territorio della Repubblica; gli estremi di eventuali provvedimenti sanzionatori e cautelari adottati dalla Consob; la tipologia di attività svolta.

I gestori di portali, ai fini dell'iscrizione e della permanenza nel registro, devono stipulare un'assicurazione coperta della responsabilità per i danni derivanti al cliente dall'esercizio dell'attività professionale che preveda: per ciascuna richiesta di indennizzo, una copertura di almeno ventimila euro; per l'importo totale delle richieste di indennizzo, una copertura di almeno un milione di euro all'anno per i gestori che effettuano direttamente la verifica; di almeno centocinquantomila euro per gli altri gestori⁵⁵. Il venir meno del requisito patrimoniale comporta la decadenza dell'autorizzazione, a meno che tale requisito non sia ricostituito entro il termine massimo di due mesi⁵⁶.

L'art. 21 del reg. Consob 18592/2013 stabilisce l'obbligo del gestore di portali di trasmettere alla Consob le informazioni relative: alle variazioni dello statuto sociale; alle variazioni relative ai soggetti che detengono il controllo; alle quote di partecipazione in valore assoluto e in termini percentuali, unitamente alla dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di onorabilità; alle comunicazioni ricevute ai sensi dell'art. 10, co. 1; alle delibere di sospensione e di revoca dalla

to, e quella prevista dal t.u.f. e dal reg. Consob 18592/2013; cfr. E. Macchiavello, *La travagliata*, cit., p. 140.

⁵³ Consob, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁴ Consob, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁵ Art. 17 *bis*, co. 1, del reg. Consob 18592/2013.

⁵⁶ Art. 17 *bis*, co. 2, del reg. Consob 18592/2013.

carica. In caso di necessità e di urgenza, la Consob può disporre in via cautelare la sospensione dell'attività del gestore di portali per un periodo non superiore a 90 giorni⁵⁷, qualora sussistano fondati elementi che facciano presumere l'esistenza di gravi violazioni⁵⁸, potrebbe radiarlo dal registro⁵⁹ oppure irrogare sanzioni pecuniarie. Oltre a svolgere una funzione di pubblicità e di intermediazione tra i soggetti coinvolti, il gestore di portali deve, quando un investitore ha deciso di partecipare alle campagne di raccolta del capitale su portali *online*⁶⁰, trasmettere l'ordine di adesione ad una banca o a un'impresa di investimento per perfezionare la sottoscrizione degli strumenti finanziari⁶¹. I gestori di portali non possono detenere somme di denaro o strumenti finanziari partecipativi di pertinenza di terzi⁶².

Successivamente, in conformità dell'art. 15 del reg. Consob 18592/2012, il gestore di portali consente l'accesso alle sezioni dello stesso, solo se gli investitori non professionali abbiano⁶³: preso visione delle informazioni di *investor education* predisposte dalla Consob; fornito una serie di informazioni sulla propria conoscenza ed esperienza finanziaria, che consiste nell'aver completato la verifica circa l'appropriatezza dell'investimento al loro profilo; dichiarato di esse-

⁵⁷ In conformità dell'art. 23 del reg. Consob 18592/2013 la sospensione dall'attività di gestore di portali è solitamente disposta per un periodo compreso tra uno e quattro mesi.

⁵⁸ Art. 23 del reg. Consob 18592/2013.

⁵⁹ L'art. 30 del reg. Consob 18592/2013 specifica che la radiazione dal registro avviene in caso di: svolgimento di attività di facilitazione della raccolta di capitale; contraffazione della firma dell'investitore su modulistica informatica o altra documentazione informatica; acquisizione, anche temporanea della disponibilità delle somme di denaro di pertinenza di terzi; comunicazione o trasmissione all'investitore o alla Consob di informazioni o documenti non rispondenti al vero; trasmissione di ordini riguardanti la sottoscrizione di strumenti finanziari non autorizzati dall'investitore; ripetizione dei comportamenti che hanno dato luogo a un provvedimento di sospensione; ogni altra violazione di specifiche regole di condotta connotata da particolare gravità.

⁶⁰ L'art. 30 del d.l. 179/2012 stabilisce che i gestori di portali non possono detenere somme di denaro o strumenti finanziari partecipativi di pertinenza di terzi.

⁶¹ Consob, *op. cit.*, p. 9.

⁶² Art. 30 del d.l. 179/2012.

⁶³ In mancanza di tali informazioni il gestore di portali impedisce l'accesso alla sezione del portale dedicata alle adesioni.

re in grado di sostenere economicamente l'eventuale intera perdita dell'investimento.

Il gestore di portali può inoltre verificare, se in base alle informazioni fornite, l'investitore possenga la conoscenza necessaria per comprendere i rischi dell'investimento (c.d. verifica diretta), oppure può decidere di demandarle direttamente alla banca/impresa di investimento incaricata di eseguire gli ordini dei clienti (c.d. verifica indiretta)⁶⁴.

6. *Il processo di raccolta di capitali mediante portali online*

Un'operazione di *equity crowdfunding* si suddivide in più fasi⁶⁵: preparazione alla pubblicazione dell'offerta, raccolta, *closing* e *post-raccolta*.

L'imprenditore pubblica sulla piattaforma il progetto⁶⁶, precisando il termine entro il quale devono essere presentate le offerte, le banche o le imprese di investimento cui saranno trasmessi gli ordini, il conto corrente della start-up innovativa sul quale saranno depositate le somme raccolte, chiedere ulteriori informazioni agli imprenditori, e le modalità per esercitare il diritto di revoca dall'adesione all'offerta nei casi in cui sopraggiungono fatti in grado di influire sulla decisione di investimento⁶⁷. La Consob ha stabilito l'obbligatorietà del *business plan* per le società che propongono un'offerta tramite portali *online*, inteso come uno strumento di comunicazione attraverso il quale l'imprenditore definisce l'insieme dei fabbisogni che si creano nell'impresa successivamente all'investimento⁶⁸.

⁶⁴ F. Accettella, N. Ciocca, *op. cit.*, p. 245.

⁶⁵ Consiglio Nazionale Dei Dottori Commercialisti e Degli Esperti Contabili, *L'equity crowdfunding alla luce delle ultime modifiche normative e regolamentari: un'opportunità per lo sviluppo delle aziende*, in www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it, 2019, p. 10.

⁶⁶ Le piattaforme ottengono da ogni imprenditore, che pubblica un progetto da finanziare, una commissione calcolata in base all'ammontare raccolto; sul punto, v. D. Valiante, *Il crowdfunding e la nuova proposta di regolamento UE*, in «Rivista di diritto societario», 2018, III, p. 961.

⁶⁷ Consob, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁸ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *op. cit.*, p. 16.

L'investitore deve, innanzitutto, registrarsi sul portale in modo da visualizzare tutte le campagne proposte⁶⁹, scelto il progetto e l'importo dell'investimento, gli investitori partecipano all'offerta mediante un bonifico⁷⁰, entrando così in possesso degli strumenti finanziari oggetto dell'offerta.

Durante la fase di preparazione alla pubblicazione dell'offerta su un portale, l'offerente instaura un rapporto di comunicazione diretto con il gestore di portali⁷¹, al fine di individuare le caratteristiche e i rischi dell'operazione⁷². La preparazione dell'offerta si conclude quindi con la presentazione del documento informativo agli investitori, degli eventuali accordi di investimento, dei bilanci approvati, della situazione contabile aggiornata e di ogni altro materiale informativo⁷³. Il gestore di portali comunica alla banca o all'impresa di investimento presso le quali è versato l'importo, le informazioni relative al perfezionamento dell'offerta e successivamente i fondi sono trasferiti all'offerente⁷⁴.

Scaduto il termine, l'offerta viene chiusa e si comunicano agli offerenti i nuovi soci con le rispettive quote di partecipazione⁷⁵, affinché

⁶⁹ I portali forniscono agli investitori tutte le informazioni relative alle start-up innovative e alle singole offerte attraverso specifiche schede che possono essere presentate anche con strumenti multimediali; sul punto, v. Consob, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁰ Partecipando all'offerta, proposta su portali *online*, l'investitore assumerà la qualità di socio; in punto, v. G. Policaro, *Equity*, cit., p. 260.

⁷¹ L'investitore deve sapere: chi gestisce il portale; le attività svolte dal portale; i costi a carico degli investitori; le misure che il portale ha predisposto in caso di frode, conflitti di interesse, reclami e corretto trattamento dei dati personali; i provvedimenti sanzionatori o cautelari che la Consob potrebbe aver adottato nei confronti del gestore di portali; i dati sulle offerte svolte tramite il portale e i risultati raggiunti; il rischio di perdere l'intero capitale investito; di non percepire dividendi sugli utili finché la società sarà una start-up innovative, in seguito al divieto imposto di distribuzione degli utili; i benefici fiscali introdotti dal d.l. 179/2012. In caso di esito positivo di questi adempimenti il gestore di portali provvede a pubblicare l'offerta sul portale per l'intero periodo di raccolta prescritto; cfr. Consob, *op. cit.*, p. 7 s.

⁷² Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *op. cit.*, p. 10.

⁷³ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *op. cit.*, p. 11 s.

⁷⁴ Art. 17, co. 6, del reg. Consob 18592/2013.

⁷⁵ Gli investitori che hanno aderito all'offerta diventano soci della start-up innovativa.

siano depositate presso il registro delle imprese e venga aggiornato il capitale sociale e la lista dei soci⁷⁶.

La Consob ha inoltre introdotto numerose misure a tutela dell'investitore per proteggerlo da eventuali inganni presenti sui portali *online*⁷⁷: l'art. 25, co. 2, del reg. Consob 18592/2013 stabilisce che gli investitori, che abbiano manifestato la volontà di sottoscrivere strumenti finanziari oggetto di un'offerta condotta tramite portale, hanno il diritto di revocare la loro adesione quando, tra il momento dell'adesione all'offerta e quello in cui la stessa è definitivamente chiusa o è avvenuta la consegna degli strumenti finanziari, sopravvenga un fatto nuovo significativo o sia rilevato un errore materiale o un'imprecisione concernenti le informazioni esposte sul portale, che siano atti a influire sulla decisione dell'investimento⁷⁸; l'art. 24, co. 1, lett. a, del reg. Consob 18592/2013 riconosce il diritto di recesso per i soli investitori non professionali, che abbiano partecipato ad offerte aventi ad oggetto azioni o quote rappresentative del capitale sociale, il diritto di recesso dalla società; l'art. 13, co. 5, del reg. Consob 18592/2013 precisa che il gestore di portali deve assicurare agli investitori diversi da quelli professionali il diritto di recedere dall'ordine di adesione, senza alcuna spesa, tramite comunicazione rivolta al gestore medesimo, entro sette giorni decorrenti dalla data dell'ordine.

Infine, ai fini della raccolta di capitali sono importanti la delibera di aumento del capitale, che stabilisce la quantità di capitale offerta e le eventuali soglie minime di investimenti al pubblico e il prospetto informativo⁷⁹ che riporta tutte le informazioni sui rischi dell'offerta⁸⁰.

⁷⁶ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *op. cit.*, p. 12 s.

⁷⁷ A. Lerro, *op. cit.*, p. 82 ss.

⁷⁸ L'art. 25, co. 2, del reg. Consob 18592/2013 precisa che il diritto di revoca può essere esercitato entro sette giorni dalla data in cui le nuove informazioni siano state portate a conoscenza degli investitori.

⁷⁹ In conformità del reg. UE 2017/1129 i prospetti informativi sono documenti obbligatori nei quali sono riportate tutte le informazioni di un'impresa, in base alle quali gli investitori possono decidere se investire nel progetto presentato; cfr. ITALIA FINTECH, STUDIO LEGALE CHIOMENTI, *Il Regolamento UE 2020/1503 relativo ai fornitori europei di servizi di crowdfunding per le imprese*, in www.italiafintech.org, 2021, p. 9.

⁸⁰ A. Lerro, *op. cit.*, p. 75.

7. Osservazioni conclusive

Il ricorso al *web* per l'appello al pubblico risparmio rappresenta una valida alternativa per l'emittente in quanto è caratterizzato da costi minori e di immediata fruibilità rispetto alle offerte tradizionali⁸¹.

Il *crowdfunding* ha quindi ribaltato la posizione tradizionale dei consumatori, i quali diventano in tal modo soggetti attivamente coinvolti nel progetto realizzato dalla start-up innovativa.

Il d.l. 179/2012 ha introdotto un valido mezzo per il finanziamento di numerosi progetti, coinvolgendo un'ampia platea di investitori al fine di diluire il rischio di impresa.

La raccolta di capitali mediante portali online ha, quindi, ribaltato la posizione tradizionale dei consumatori, trasformandoli in parti attive nel processo realizzativo di un certo bene, servizio o progetto⁸².

La piattaforma *online* sulla quale è presentata l'offerta raggiunge simultaneamente migliaia di utenti; rappresenta quindi una sorta di vetrina virtuale che non può offrire raccomandazioni o consigli sulle varie campagne proposte, evitando così di influenzare l'offerta, di conseguenza sono vietati strumenti che esaltino la visibilità di una campagna rispetto all'altra.

L'*equity crowdfunding* è la forma di finanziamento maggiormente favorita dalle imprese innovative in quanto permette di ottenere capitale senza ricorrere a prestiti; infatti, le somme di denaro investite non devono essere restituite in quanto gli investitori diventano possessori di strumenti partecipativi del capitale e assumono il rischio di impresa, anche se diluito tra una moltitudine di investitori.

Nonostante, quindi, l'elevata rischiosità rappresentata dalla natura stessa del *business plan* delle start-up innovative, l'*equity crowdfunding* rappresenta la forma di finanziamento espressamente favorita dal regolatore, tra tutte le fonti di finanziamento possibili, ma più rischiosa. Come se l'adeguamento dell'*equity crowdfunding* ai bisogni di finanziamento delle start-up innovative sia stato pensato solo in base alla necessaria flessibilità dello strumento e non al bisogno di ridurne la rischiosità.

⁸¹ Presentate dagli investitori professionali o dalle banche.

⁸² A. Bollettinari, E. Fregonara, *op. cit.*, p. 863.

DANIELE GALLO

L'imposta sulle società nell'era della globalizzazione tra concorrenza fiscale dannosa ed equità fiscale

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I modelli di tassazione del reddito societario. – 3. L'IRPEG e successivi modelli riformatori. – 4. La “riforma Tremonti”. – 5. Il regime PEX. – 6. La fiscalità del gruppo societario: aspetti salienti. – 7. La tassazione dei redditi transnazionali: questioni di rilievo. – 8. La *CFC Rule*. – 9. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La tassazione societaria, a partire dalla seconda metà Novecento, con lo sviluppo del processo d'industrializzazione, ha assunto peculiare rilievo ai fini del gettito erariale poiché la capacità contributiva degli enti collettivi poteva (e può) garantire entrate tributarie certe e cospicue. Conseguentemente, i legislatori di gran parte degli Stati occidentali provvidero a introdurre una *corporate tax*, quale “strumento” finalizzato a incrementarle¹, piuttosto che prevedere, migliorazioni impositive in capo alle persone fisiche.

S'introdussero, pertanto, le norme sui redditi di capitali distribuiti dalle società sotto forma di dividendi ai soci, ma tale misura si mostrò insufficiente, oltre che inefficace, impedendo una congrua tassazione degli utili accantonati a riserva oppure reinvestiti.

In ogni caso, la fiscalità in esame nel corso degli anni ha consolidato un ruolo di primo piano monopolizzando, da ultimo, il dibattito internazionale sul tema dell'equità fiscale².

¹ L. Carpentieri, S. Micossi e P. Parascandolo, *Tassazione di impresa ed economia digitale*, in «Economia Italiana», 2019, 1, p. 1.

² In ambito tributario, il concetto è legato alla tassazione sulla base della capacità contributiva, ovvero alla corretta distribuzione tra i contribuenti degli oneri

Lo scarso coordinamento e la mancanza di armonizzazione in materia di imposte dirette tra gli ordinamenti interni, unitamente alla digitalizzazione e all'internazionalizzazione dei processi produttivi, hanno, infatti, favorito l'esplosione di un cosmo di fenomeni "negativi", strettamente correlati alla materia e genericamente ascrivibili alla categoria della "pianificazione fiscale aggressiva", ove le economie nazionali si rincorrono in una gara "al ribasso" danneggiandosi reciprocamente attraverso una concorrenza fiscale dannosa.

Con il processo di globalizzazione dell'economia i fenomeni distorsivi risultano, pertanto, ampliati e la risoluzione a tanto non può che essere data da azioni multilaterali che determinino cooperazione e concertazione a livello sovranazionale. Di conseguenza, per arginare le ingenti perdite delle casse statali, anche per l'aggravarsi della crisi pandemica, le più grandi economie del mondo sono giunte, non senza difficoltà, a definire i termini di un accordo per una *global minimum corporate tax*.

Al momento in cui si scrive, si prevede la fissazione di un'aliquota minima, pari al 15 per cento, sui redditi prodotti dalle multinazionali che soddisfino più requisiti al fine di limitare le dinamiche ascrivibili all'accennata concorrenza fiscale dannosa fondate, in specie, sull'ugualmente segnalata pianificazione fiscale aggressiva, un fenomeno da distinguere da altri affini, tra cui l'abuso e l'elusione fiscale³.

2. I "modelli" di tassazione del reddito societario

Nel nostro ordinamento, l'imposta sulle società è stata introdotta nel 1954 – in sostituzione dell'imposta di negoziazione sui titoli azionari e sulle obbligazioni delle società di capitali – dalla l. n. 603, intervenuta sulle imposte indirette sugli affari⁴, nonché sostituendo l'im-

fiscali in senso sia orizzontale, sia verticale. Cfr. R.A. Musgrave, *The Theory of Public Finance*, MacGraw-Hill, New York, 1959. Lo studioso, in seguito, soffermò le riflessioni sull'equità orizzontale indicando le *equal options*. Id., *ET, OT and SBT*, in «Journal of Public Economics», 1976, p. 1 ss.

³ In merito, P. Pistone, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario internazionale*, in «Riv. trim. dir. trib.», 2016, p. 395 ss.

⁴ Di cui alla l. 19 luglio 1868, n. 4480.

posta di registro sulla cessione dei titoli commisurata al patrimonio della società emittente e con presupposto oggettivo identificato nella mera negoziabilità del titolo, prescindendone dall'effettiva cessione.

I presupposti e la "logica" di questo tributo – il primo a essere applicato sul reddito prodotto (non solo distribuito) dalle società di capitali – sono stati, fin dall'introduzione, interessati da ampie discussioni dottrinali⁵.

In particolare, il dibattito ha riguardato il riconoscimento della piena soggettività tributaria a soggetti diversi dalle persone fisiche e la questione, essenzialmente, si è polarizzata intorno a due posizioni prevalenti e divergenti: quella di L. Einaudi, il quale riteneva che gli enti dovessero svolgere una funzione di "mera esazione", quella di B. Griziotti, che, valorizzandone la funzione economica, riconosceva alle società una capacità contributiva "propria", diversa e ulteriore rispetto a quella dei soci-persone fisiche.

Dalle due ricostruzioni emersero due "modelli" di tassazione del reddito societario, avvicendatisi nell'ordinamento, ovvero: *i*) l'utile societario doveva essere tassato in capo ai soci, non ravvisandosi ragioni per un autonomo prelievo sulla società, quale mero collettore dei tributi dagli stessi dovuti; *ii*) l'autonomia soggettiva della società motivava un prelievo autonomo nei suoi confronti.

Un elemento a sostegno di un'autonoma capacità contributiva è stato rapportato alla circostanza che gli enti collettivi godono, in quanto produttori, dei "benefici" derivanti dalla presenza dello Stato nel sistema economico; in questa prospettiva, la tassazione delle società può trovare giustificazione quale forma impositiva sul rendimento del capitale e dei servizi (al capitale stesso) offerti dal settore pubblico (infrastrutture, istruzione, servizi, *etc.*).

Secondo un diverso approccio, l'imposta *de quo* dà "coerenza" al sistema tributario allo scopo principale di evitare "salti" d'imposta e accentuarne la progressività⁶.

Un'ulteriore interpretazione, ancora, aggiunge tra le funzioni dell'imposta quella di essere strumento di "controllo" dell'economia. In

⁵ R.M. Bird, *Why tax corporations?*, in «International Centre for Tax Studies University of Toronto», Toronto, 1996, p. 2 ss.

⁶ In tal senso, C. Cosciani, *Aspetti economici dell'imposta sulla società*, in «Quaderno dell'Associazione fra le Società italiane per azioni», Roma, 1986, p. 4.

siffatta prospettiva, attraverso il sistema tributario, i *policy makers* possono effettuare interventi atti a riequilibrarla qualora si verificino tensioni inflazionistiche e attuando, per l'appunto, un controllo sulla produzione scoraggiando, ad esempio, la creazione di imprese di eccessive dimensioni che potrebbero rendere imperfetto il funzionamento del mercato.

Da un punto di vista sostanziale, un'ulteriore motivazione a favore dell'imposta in capo al soggetto societario è data dalla possibilità di riscuotere, come anticipato, un ammontare elevato di gettito da un numero relativamente circoscritto di contribuenti⁷. Per fornire un esempio a supporto, nel 2016 la *corporate income tax* ha costituito nella UE il 6,8 per cento del totale delle entrate tributarie, mentre prima della crisi dei mutui *subprime*, essa costituiva l'8,6 per cento.

Dati correlati all'argomentazione sono che le società sono contribuenti particolarmente affidabili quanto alla veridicità delle informazioni fornite (vista, tra l'altro, la normativa sulla pubblicità dei bilanci) e, circostanza non trascurabile, che le stesse hanno un "peso" elettorale piuttosto contenuto.

Particolarmente significativo è, inoltre, il "ruolo" che hanno assunto nel sistema tributario e, sul punto, autorevole dottrina ha evidenziato che le imprese sono diventate uno "snodo fondamentale" nella riscossione delle imposte⁸ poiché "utilizzate" quali collettori dell'IVA, oltre che delle imposte sui redditi di lavoro erogati dalle imprese ai propri dipendenti e su quelli di capitale corrisposti ai finanziatori, sotto forma di interessi e dividendi. Attraverso le imprese, inoltre, avviene la maggior parte delle transazioni finanziarie concorrenti a formare il reddito nazionale.

3. *L'IRPEG e successivi modelli riformatori*

In ragione della delega di cui alla l. 9 ottobre 1971, n. 825, il sistema tributario italiano è stato integralmente riformato e, per quanto riguarda la tassazione dei redditi, il legislatore ha previsto un sistema basato sull'imposta sui redditi delle persone fisiche, su quelli delle

⁷ R. Bird, *op. cit.*

⁸ R. Lupi, *Manuale professionale di diritto tributario. La tassazione attraverso le aziende tra diritto ed economia*, IPSOA WKI, Milano, 2004, p. 50 ss.

persone giuridiche, nonché relativamente al possesso di redditi fondiari, di capitale, d'impresa e diversi, prodotti nel territorio statale⁹. L'IRPEG, in particolare, assoggettava il reddito delle società di capitali – nonché di altri soggetti diversi dalle persone fisiche e dalle società di persone (ai fini dell'imposizione di che trattasi alle prime equiparate) – con un'aliquota, almeno inizialmente non elevata, fissata nella misura del 25 per cento. Qualora, poi, le società distribuivano il reddito prodotto, questo – sotto forma di dividendi, ricompresi nella più ampia categoria dei redditi di capitale – era assoggettato a tassazione anche in capo ai soci, determinando la “doppia tassazione economica”. Questo “effetto”, in concreto, più che realizzare una distorsione del sistema, attuava la volontà del legislatore di discriminare qualitativamente i redditi per perseguire l'obiettivo di redistribuire le risorse economiche ricorrendo, appunto, alla leva fiscale.

Nella versione iniziale, dunque, l'imposta sul reddito delle persone giuridiche si caratterizzava per la peculiarità che affliggeva, nella versione “classica”, la *corporate income tax*: doppia tassazione dell'utile societario.

Successivamente, nel dibattito dottrinale (e politico) è prevalsa la linea secondo cui un sistema impositivo così caratterizzato non si mostrava coerente con quello ciò che occorreva delineare per l'influenza di connotazioni europee a elevato grado di competitività tra le realtà produttive.

Dalla doppia imposizione degli utili d'impresa, infatti, derivavano più incongruenze, non apparendo “neutrale” rispetto alla forma giuridica assunta dalle società per esercitare l'attività d'impresa¹⁰, favorendo il capitale di debito rispetto a quello di rischio¹¹ e realizzando un *lock-in effect* degli utili¹².

⁹ L'ILOR, il cui gettito doveva essere destinato agli enti locali, è stata abrogata nel 1977 con contestuale introduzione dell'IRAP (d.lg. n. 446).

¹⁰ Ricorrendo l'ipotesi, le società di persone sarebbero, in ipotesi di doppia tassazione sugli utili società di capitali, favorite da un punto di vista fiscale.

¹¹ Dal momento che l'utile è sottoposto a tassazione sia in capo alla società, sia in capo al socio, la remunerazione degli interessi derivanti da finanziamento è fiscalmente più conveniente rispetto a quella degli utili derivanti dalla partecipazione o dall'incremento della stessa.

¹² I soci, al fine di evitare la doppia tassazione, preferiscono non distribuire gli utili, cosicché questi finiscono per determinare rilevanti plusvalenze a loro volta

Il segnalato dibattito, di fatto, involgeva questioni di carattere prettamente teorico in ordine all'attitudine delle società a subire un'imposizione specifica quanto agli effetti economici del tributo e, in specie, rispetto alla ricostruzione della capacità contributiva. In merito, emersero due correnti interpretative in continuità alla più generica contrapposizione tra teorie "finzioniste" e "realiste", tendenzialmente focalizzate sull'organizzazione dell'impresa o sugli individui che la compongono.

Da una parte, infatti, l'orientamento che ha valorizzato l'autonomia soggettiva della società ha basato le proprie argomentazioni sulla maggiore forza economica della stessa rispetto alla somma delle forze economiche delle persone fisiche partecipanti¹³; dall'altra, l'orientamento che ha dato rilievo solo a quest'ultime ha argomentato che fossero «l'unico senziente dell'attività finanziaria»¹⁴.

La ricostruzione della capacità contributiva interessa, come noto, anche gli effetti economici del tributo dovendosi individuare se l'obbligazione tributaria sia da riportare in via definitiva in capo al socio o alla società. Si tratta, sostanzialmente, di stabilire se l'imposta sulle società costituisca una sostituzione o un'anticipazione del prelievo dovuto dai soci (venendo in tal caso riferita l'obbligazione alla persona fisica) o se, piuttosto, vada sommata ai tributi dovuti dai soci su un medesimo presupposto. Si pone, dunque, il problema della doppia tassazione economica: un unico presupposto (produzione di un utile), determina due obbligazioni tributarie autonome su soggetti diversi.

I meccanismi impositivi diretti ad attenuare o a neutralizzare tale duplice imposizione sono stati espressi da due posizioni dottrinali alternative, considerando: *i*) il credito d'imposta, quale misura corrispondente al tributo versato dalla società, da calcolare in dimi-

tassate da uno speciale regime fiscale. Tale sistema favorisce, peraltro, operazioni di *washing dividend*. In tema, tra gli altri, cfr. D. Stevanato, *Le "ragioni economiche" nel dividend washing e l'indagine sulla causa concreta del negozio: spunti per un approfondimento*, in «Rass. trib.», 2006, 1, p. 309 ss.

¹³ La capacità contributiva dell'ente collettivo, in sostanza, è identificata in ragione del grado di autonomia decisionale e, soprattutto, della capacità di "governare" i fattori produttivi che permettono all'ente di presentarsi sul mercato quale soggetto autonomo, separato e distinto rispetto alle figure dei soci.

¹⁴ P. Boria, *Il sistema dei tributi. Le imposte dirette*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 341 ss.

nuzione dell'imposta dovuta dal socio, così da recuperare l'effetto impositivo generato in capo alla prima; *ii*) l'esenzione dei dividendi, ovvero la sottrazione di quest'ultimi dalla base imponibile dell'imposta sul singolo socio.

La riforma degli anni '70 lasciò insoluta la questione, così come quella relativa agli effetti economici del tributo e, pertanto, la l. 16 dicembre 1977, n. 904 – “legge Pandolfi” – introdusse il meccanismo del credito d'imposta sui dividendi, privilegiando l'imputazione del reddito in capo al socio e qualificando, di conseguenza, la tassazione sul soggetto societario a titolo di acconto: una sorta di mera anticipazione dell'obbligazione definitiva determinata in capo al socio, commisurata alla sua situazione contributiva¹⁵.

La concreta applicazione del meccanismo impositivo, più nello specifico, risultava dall'applicazione combinata dei decreti istitutivi dell'IRPEF e dell'IRPEG. In particolare, qualora alla formazione del reddito complessivo concorrevano gli utili distribuiti, in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione, da società e altri enti indicati tra i soggetti passivi IRPEG, al contribuente si attribuiva un credito d'imposta in percentuale non fissa e in rapporto alle variazioni dell'aliquota dell'imposta ma, comunque, in misura tale da rendere “neutrale” la tassazione in capo alla società erogante.

Con la “legge Pandolfi” coesistevano, perciò, due livelli di tassazione: a. in capo alla società e commisurato al reddito complessivo, che rimaneva tale fintantoché gli utili non venivano distribuiti; b. in capo al socio, commisurato alla sua capacità contributiva e che si realizzava nel momento in cui l'utile societario si distribuiva. Ovviamente, il primo livello presentava un'estrema “precarietà” visto che la situazione soggettiva del percettore avrebbe potuto ridimensionare il gettito tributario, se non annullarlo. Corollario del regime dei dividendi era la tassazione delle plusvalenze (che davano luogo a doppie imposizioni) e la detassazione delle minusvalenze da cessione di partecipazioni.

Tale sistema, almeno dal punto di vista teorico, si mostrava in senso più penalizzante per il socio di enti che realizzassero utili in quanto, nelle ipotesi di cessione di partecipazione, egli avrebbe subito

¹⁵ E. Potito, *Il sistema delle imposte dirette*, Milano, 1989, p. 71.

una doppia tassazione sul medesimo fenomeno reddituale; contrariamente, le società in perdita beneficiavano di doppia deducibilità derivante sia dalla perdita, sia dalla realizzazione, di una minusvalenza. Da un punto di vista pratico, invece, come ha sottolineato autorevole dottrina¹⁶, l'imposta sulle plusvalenze era sistematicamente elusa¹⁷ o, comunque, evitata, per la presenza di regimi agevolativi o sostitutivi.

La legge in disamina è stata, nel tempo, più volte modificata e, tra gli interventi correttivi, un accenno particolare va fatto alla l. 25 novembre 1983, n. 649, che introdusse il «meccanismo della maggiorazione di conguaglio» per evitare che il socio godesse di un credito d'imposta anche nelle situazioni in cui – per effetto di esenzioni o regimi agevolativi sul reddito distribuito – l'imposta non venisse assolta oppure versata dalla società in misura ridotta.

In seguito, la “riforma Visco” del 1998 ha sostituito il meccanismo con il sistema dei “canestri d'imposta”¹⁸, nonché introdotto la *dual income tax*, uno schema di tassazione, già previsto nei Paesi del nord Europa, individuando una concezione nuova della tassazione dei redditi societari.

Lo “schema”, infatti, prevede una suddivisione dell'incisione sul rendimento del capitale e un'imposizione integrativa all'IRPEF, conseguendo che il reddito è biforcuto nel *capital income* – il profitto “normale”, pari al rendimento di mercato, sottoposto a tassazione con la stessa aliquota riservata ai redditi da attività finanziarie o del tutto esentato – e nell'*earned income*, ossia il rendimento eccedente la detta soglia e colpito, per l'appunto, dalla *corporate income tax*.

Il sistema incentrato sul credito d'imposta, anche se accolto inizialmente con favore dalla Commissione europea, ha evidenziato ben presto il punto di sua maggior debolezza quanto alle esigenze di coordinamento della tassazione societaria a livello UE dato dal manca-

¹⁶ R. Lupi, *Il coordinamento della tassazione delle società e dei soci dal credito d'imposta alla PEX*, in «Dialoghi dir. trib.», 2006, p. 6.

¹⁷ Ciò, specialmente in riferimento ai gruppi d'impresе economicamente rilevanti che sfruttavano il “canale” internazionale, collocando *holding* nei Paesi che garantivano esenzione delle plusvalenze.

¹⁸ Di cui al d.lg. 18 dicembre 1997, n. 467, recante “Disposizioni in materia di imposta sostitutiva della maggiorazione di conguaglio e di credito di imposta sugli utili societari, a norma dell'articolo 3, comma 162, lettere e) e i), della legge 23 dicembre 1996, n. 662”.

to riconoscimento del credito ai soci non residenti. Ulteriori limiti dell'imputazione del reddito al socio erano l'assoggettamento a doppia tassazione delle plusvalenze realizzate a seguito della cessione di partecipazioni e la permeabilità del regime a manovre elusive, consentite dalla Convenzione contro le doppie imposizioni, poste nell'ambito della direttiva madre-figlia¹⁹.

Le asimmetrie dei regimi fiscali esistenti all'interno degli Stati membri consentivano, infatti, di canalizzare le componenti positive e negative di reddito a seconda della convenienza sotto il regime del credito d'imposta o di quello dell'esenzione²⁰.

La "legge Pandolfi" chiarì, mediante il riconoscimento del credito d'imposta ai soci, la questione relativa agli effetti economici del tributo, propendendo per l'incisione sul socio piuttosto che sull'ente societario, ma lasciava irrisolta comunque la questione sulla doppia tassazione degli utili (la società restava suscettibile di tassazione sulle plusvalenze realizzate in seguito alla cessione di partecipazioni).

Tale incoerenza è stata poi sanata dal d.lg. 12 dicembre 2003, n. 344, che ha ribaltato l'orientamento rispetto agli effetti economici del tributo.

4. La "riforma Tremonti"

La riforma fiscale "Tremonti" del 2003²¹ è stata uno degli interventi più significativi del nostro sistema tributario e, le sue molteplici finalità, si evincono dalla lettura della stessa relazione governativa di accompagnamento. Tra queste, quella di rendere il sistema "adeguato" all'elevato grado di competitività conseguente alla globalizzazione economica che rendeva meno appetibili, sotto il profilo della localizzazione delle imprese, i Paesi caratterizzati da forme di fiscalità non "neutrali", nonché di adeguare la tassazione alle esigenze di omogeneità e armonizzazione in ambito comunitario, evitare la dop-

¹⁹ Cfr. F. De Domenico, *I dividendi nella prospettiva dei rapporti tra società e soci: dal regime del credito d'imposta alle più recenti modifiche*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'IRES*, 2008, p. 14.

²⁰ R. Lupi, *Delega fiscale, redditi finanziari e redditi d'impresa: un'imposizione reale onerosa per i redditi elevati?*, in «Rass. trib.», 2003, I, p. 111.

²¹ L.d. 7 aprile 2003, n. 80.

pia tassazione giuridica e attenuare quella economica, semplificare la legislazione, eccessivamente improntata a disposizioni di tipo casistico, più che a norme di carattere generale²².

In estrema sintesi, la disciplina si è caratterizzata per: *i*) l'introduzione di un'aliquota d'imposta unica (inizialmente fissata nella misura del 33 per cento); *ii*) l'eliminazione della "DIT"; *iii*) un nuovo regime di tassazione di dividendi e plusvalenze (o minusvalenze), realizzate su cessioni di partecipazioni; *iv*) la previsione della tassazione consolidata del gruppo; *vii*) l'immissione del principio della *participation exemption*²³.

Nel sistema impositivo tracciato dall'IRES, la tassazione di dividendi e plusvalenze è il perno centrale della riforma in quanto le scelte di coordinamento della tassazione tra società e soci appaiono determinate a ovviare alle duplicazioni d'imposta. Tuttavia, sono emerse discrasie e criticità che richiesero (e richiedono) nuovi interventi²⁴: ad esempio, non apparivano coerenti agli obiettivi, pur dichiarati, le plurime modalità impositive in relazione alla medesima fattispecie reddituale ("dividendo") in funzione della diversa natura del soggetto percettore (società, ente non commerciale, persona fisica)²⁵. Altresì, la disparità di trattamento del medesimo componente reddituale in relazione al soggetto percipiente e al carattere reale dell'imposizione scaturente dall'impianto dell'imposta²⁶.

²² Cfr. F. De Domenico, *op. cit.*, p. 16.

²³ Per approfondimenti, tra gli altri, F. Paparella (a cura di), *La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete*, Giuffrè, Milano, 2004.

²⁴ Non può prescindersi un accenno alla l.d. sulla riforma fiscale in corso e dalla quale si evince, tra l'altro, la necessità d'interventi sulla "non-neutralità" tra società di persone e imprese individuali in contabilità ordinaria - da un lato - e società di capitali - dall'altro - rispetto al trattamento degli utili non distribuiti. Attualmente, infatti, per le società di capitali e le persone fisiche esercenti attività d'impresa in contabilità ordinaria, il rendimento (ordinario) del capitale investito (incrementi netti di quello proprio), è dedotto dalla base imponibile (Ires o Irpef). Invece, il reddito d'impresa che eccede detto rendimento subisce un trattamento diversificato rispetto alla forma giuridica assunta dalla società. Cfr. Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Doc. 17, n. 3, Documento approvato dalla 6ª Commissione permanente a conclusione dell'indagine conoscitiva, seduta del 30 giugno 2021.

²⁵ T. Di Tanno, *Linee guida per una possibile riforma dell'imposizione sul reddito d'impresa*, in «Dir. prat. trib.», 2007, I, p. 82.

²⁶ F. De Domenico, *op. cit.*, p. 18.

Di fatto, la tassazione è stata legata sempre più alla produzione del reddito societario (“capacità produttiva”), piuttosto che a quella del soggetto percettore (“capacità contributiva del socio”)²⁷.

Rispetto agli obiettivi di *tax competition* a livello europeo, attraverso il tributo, l'intento di adeguare l'ordinamento italiano ai suoi *standards* è riuscito, pur se il doppio regime previsto per la tassazione delle plusvalenze, strettamente legato a quello dei dividendi, non ha precluso la possibilità di arbitraggi fiscali e favorire manovre elusive/abusive²⁸.

In relazione, ancora, ai principi di libertà di stabilimento e parità di trattamento, il sistema dell'esenzione è apparso migliore rispetto a quello dell'imputazione in quanto ha permesso di eliminare aspetti discriminatori nei confronti dei soggetti non residenti, rispondendo alle esigenze di tassazione dei soggetti residenti che erogano loro dividendi e, per i primi, quando agli stessi li erogano. Per cui, la residenza estera dell'erogante rileva esclusivamente se il soggetto risiede in uno Stato o in un territorio RFP. Come anticipato, talune incoerenze e discrasie che affliggevano la “riforma” hanno richiesto interventi mirati per non intaccarne l'impianto normativo e i suoi canoni fondanti. A tale scopo, si costituì una Commissione di studi presieduta dal Prof. S. Biasco²⁹ che ritenne perfettibile il regime di *participation exemption*, in quanto «ancorato all'esigenza di evitare la doppia tassazione degli utili societari per l'esenzione alla sola parte delle plusvalenze, che trae origine dall'accumulo di riserve di utili già tassati in capo alla società che li ha prodotti»³⁰. Ulteriormente, si evidenziò che l'asimmetria tra il regime di tassazione dei dividendi e

²⁷ Nella relazione di accompagnamento può leggersi «...la determinazione del prelievo va baricentrata sulla situazione soggettiva dell'impresa e non su quella soggettiva del socio». Nel *Libro Bianco* di G. Tremonti era presente la nota espressione “Dalle persone alle cose”.

²⁸ A. Stesuri, *La riforma della tassazione societaria. Disciplina e aspetti operativi*, Milano, 2004, p. 63. L'A. ha sostenuto anche l'inscindibilità dell'analisi del regime dei dividendi da quello delle plusvalenze, avendo riguardo alla tassazione di due componenti reddituali che possono derivare dalla partecipazione societaria. La coerenza sistematica, infatti, richiede che l'esenzione dei dividendi percepiti si correli con l'esenzione delle plusvalenze realizzate mediante la cessione delle partecipazioni.

²⁹ Gran parte delle osservazioni rinvenibili dalla relazione conclusiva dei lavori della Commissione hanno fondato la riforma introdotta con la “legge finanziaria 2008”.

³⁰ F. De Domenico, p. 24.

quello delle plusvalenze (o minusvalenze) da partecipazione apriva la strada a possibili arbitraggi, mentre la coesistenza di un sistema combinato PEX o meno, lasciava aperti varchi al *dividend washing*.

5. *Il regime PEX*

Tra i capisaldi delle modifiche apportate alla tassazione in esame si segnalano le disposizioni sui dividendi e contestuale abolizione del credito d'imposta.

Inizialmente, il regime PEX era stato pensato quale strumento di *tax competition*, deputato a promuovere la costituzione di *holding companies* in Italia e conseguente ingresso di nuovi capitali da parte d'investitori stranieri, oltre che come "mezzo" per favorire il rimpatrio di strutture societarie che, precedentemente attratte da *foreign appeal*, optavano per la localizzazione in Stati ove il regime di esenzione rappresentava una realtà consolidata³¹.

Il tema principale dell'intervento legislativo è stato il principio di tassazione del reddito in capo alla società che lo produce, rendendo inattuabile la posizione giuridica del destinatario del reddito stesso e sostituendo definitivamente il meccanismo del credito d'imposta. In un sistema in cui l'adozione del meccanismo di esclusione dei dividendi è adottato con lo scopo di evitare la doppia imposizione dei redditi societari, l'esenzione delle plusvalenze sulle partecipazioni non si configura quale meccanismo premiale, bensì corollario della scelta di fondo di concentrare la tassazione sulle società³².

Il canone si attua in modo immediato con l'esclusione (parziale) nella fase di distribuzione del reddito, e in modo mediato attraverso l'esenzione (parziale) delle plusvalenze. La *ratio* dell'esclusione dei dividendi³³ è, invero, quella di eliminare la doppia tassazione econo-

³¹ D. Muraro, *I problemi irrisolti della participation exemption tra preoccupazioni della Commissione Biasco ed indifferenza del legislatore*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'IRES*, 2008, p. 47.

³² L. Carpentieri, *Le prospettive evolutive dell'IRES: la participation exemption*, in «Riv. dir. trib.», IV, 2007, p. 372.

³³ Di cui all'art. 89, comma 2, TUIR. La norma dispone che gli utili distribuiti, in qualsiasi forma e denominazione, dalle società di capitali non concorrono a formare il

mica del provento che si registrerebbe laddove tassato come reddito di impresa in capo alla società produttrice e in capo alla società percipiente. Tale ragione spiega anche il motivo per cui non beneficiano dell'esenzione le società localizzate in territori RFP.

L'esenzione delle plusvalenze³⁴, a sua volta, è basata sull'identità di fondo esistente tra l'apprezzamento del titolo azionario e il valore attuale e scontato dei dividendi inerenti al titolo azionario stesso: sarebbe, dunque, irragionevole un trattamento che andasse a discriminare la plusvalenza realizzata rispetto al dividendo percepito. La dottrina, in effetti, ritiene che vi sia una sostanziale identità del *capital gains* da cessioni di partecipazione con l'andamento del valore dei titoli giustificante l'esenzione delle plusvalenze (da partecipazione)³⁵.

6. La fiscalità del gruppo societario: aspetti salienti

La l. 7 aprile 2003, n. 80, ha apportato significative novità in materia di tassazione dei gruppi societari e, tra queste, l'istituto del consolidato mondiale e la sistematizzazione della disciplina del *transfer pricing*.

Nel contesto di globalizzazione economica, il gruppo societario è lo "strumento" più utilizzato dalle grandi realtà imprenditoriali per realizzare processi produttivi³⁶, permettendo – dal punto di vista

reddito imponibile della stesse o dell'ente percipiente in quanto esclusi, per il 95 per cento, del loro ammontare. La condizione affinché i dividendi possano beneficiare del regime di esclusione è che il soggetto erogante non risieda in Stati a fiscalità privilegiata.

³⁴ Ex art. 87 TUIR, le plusvalenze riferibili a partecipazioni in società di capitali e di persone (con attività commerciali), realizzate e determinate ai sensi dell'art. 86 del t.u., non concorrono alla formazione del reddito imponibile dell'ente societario realizzante al ricorrere delle seguenti condizioni: periodo d'ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese precedente a quello dell'avvenuta cessione; classificazione delle partecipazioni nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso; residenza fiscale della società partecipata in uno Stato non RFP o, in alternativa, la dimostrazione che dalle partecipazioni non sia conseguito l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori RFP; esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale.

³⁵ F. Tesaro, *La participation exemption ed i suoi corollari*, in «TributImpresa», 2004, p. 12.

³⁶ L. Potito, *Economia aziendale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 52, precisa che la formazione dei gruppi va inquadrata nei processi di crescita aziendale, per cui

aziendale – di coniugare l’ottenimento di un elevato livello di efficacia nella divisione e integrazione delle funzioni con il raggiungimento di un elevato livello di economicità, sfruttando i vantaggi scaturenti dall’organizzazione reticolare³⁷.

Dal punto di vista strettamente tributario, tuttavia, i gruppi multinazionali sollevano criticità che richiamano l’attenzione del legislatore, in quanto possono diventare “mezzo” per profittare di mancanze o divergenze in materia tra i diversi ordinamenti tributari, pianificando arbitraggi che abbattano il costo fiscale della produzione e realizzando “pianificazione fiscale aggressiva”³⁸.

Il diritto tributario considera, invero, i gruppi di società per molteplici fini adottando, volta per volta, una definizione del “rapporto di controllo” tra quelle di cui all’art. 2359 c.c.³⁹.

La riforma che ha introdotto l’IRES ha modificato, come detto e, profondamente, il sistema di tassazione dei redditi di impresa per incrementarne la competitività nel nuovo scenario di integrazione economica a marcata competitività tra sistemi fiscali⁴⁰. Al pari, si è segnalato il

un’impresa che intenda essere “vincente” e assicurarsi sopravvivenza e continuità a lungo termine e, quindi, condizioni di equilibrio duraturo, si pone costantemente l’obiettivo di crescere, sia nella dimensione, sia sul piano qualitativo.

³⁷ Nel “gruppo” vi sono una pluralità di imprese, che – sebbene indipendenti dal punto di vista giuridico – sono fra loro collegate per essere tutte, direttamente o indirettamente, controllate dalla capogruppo (o *holding*). Tutte le società del gruppo sono, infatti, sottoposte all’influenza dominante di un’unica società: invero, la capogruppo, direttamente o indirettamente, controlla le società del gruppo e le dirige secondo un disegno comune per perseguire uno scopo unitario (“interesse di gruppo”). In tal senso, L. Potito, *op. cit.*, p. 52.

³⁸ Invero, la costituzione di gruppi è un fenomeno che l’ordinamento favorisce permettendo di razionalizzare e efficientare il sistema produttivo ma, allo stesso tempo, lo disciplina in modo stringente per evitare situazioni che mettano a rischio l’ordinato funzionamento dell’economia di mercato. Segnatamente, la regolamentazione giuridica è tesa a soddisfare un ordine di esigenza particolarmente rilevante ai fini fiscali, ossia quella di assicurare un’adeguata informazione sui collegamenti di gruppo, rapporti finanziari e commerciali tra società del gruppo, situazione patrimoniale e risultati economici dello stesso considerato unitariamente.

³⁹ In particolare, il gruppo societario rileva per alcuni profili di disciplina specifica che ineriscono al *transfer price*, al regime di consolidato nazionale e alla normativa antielusiva/abusiva CFC.

⁴⁰ Cfr. G. Ingraio, *In tema di tassazione dei gruppi di imprese ex D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, istitutivo dell’IRES*, in «Rass. trib.», 2004, II p. 543. L’A. afferma

dibattito sulla nozione di soggettività giuridica tributaria dei gruppi e le molteplici problematiche a essa collegate che non hanno, del tutto e ancora, trovato sistematica risoluzione nella disciplina del consolidato⁴¹.

Analizzando quest'ultima, una parte della dottrina tributarista sostiene che il gruppo ha una propria soggettività in materia, argomentando l'impossibilità d'individuare un preciso collegamento tra l'effetto impositivo e la capacità contributiva delle società consolidate e, quindi, di attribuire l'imposta ai singoli soggetti⁴². In merito, è stato argomentato che «la capacità contributiva colpita è misurata muovendo da quella delle singole società, ma giungendo (a ciò) attraverso la somma algebrica e le rettifiche a una grandezza che è una sintesi unitaria e indistinta e, quindi, esprime non più le capacità contributive delle singole società, bensì una capacità contributiva collettiva»⁴³.

Altri Autori, diversamente, hanno affermato che nel consolidato non è possibile ravvisare una capacità contributiva propria della controllante in quanto anche aggregata ai redditi di soggetti terzi (minoranze presenti nelle controllate), né tantomeno considerare l'imponibile quale indice di capacità contributiva di "altri" poiché ricomprendente quello della stessa controllante⁴⁴.

Il legislatore nella disciplina del consolidato ha, però, scartato le «posizioni estreme» delle interpretazioni brevemente riportata⁴⁵.

che l'introduzione dell'imposta è stata ideata, prevalentemente, per le grandi imprese che operano a livello nazionale e unionale. Ciò si evince dalle intenzioni del legislatore trapelate sin nella l.d. n. 80/2003. L'art. 4, infatti, nello stabilire i principi e criteri direttivi dà rilievo ad aspetti che, prevalentemente, involgono la determinazione del reddito imponibile dei gruppi.

⁴¹ La stessa "riforma Tremonti" non ha sopito alcune perplessità. In merito, S. BIASCO, *La nuova riforma dell'imposizione sulle imprese a confronto con le conclusioni della Commissione sull'IRES*, in «il Fisco», XLIII, p. 1 ss.

⁴² A. Fantozzi, *La nuova disciplina IRES: i rapporti di gruppo*, in «Riv. dir. trib.», 2004, I, p. 489.

⁴³ G. Zizzo, *Osservazioni in tema di consolidato nazionale*, in G. Marino (a cura di), *La nuova imposta sul reddito delle società*, Milano, 2004, p. 646.

⁴⁴ A. Fantozzi, *Postilla all'articolo di G. FRANSONI, Osservazioni in tema di responsabilità e rivalsa nella disciplina del consolidato nazionale*, in «Riv. dir. trib.», 2004, I, p. 543.

⁴⁵ A. Fantozzi, *op. cit.*, p. 541, ha rilevato che il legislatore ha escluso la tassazione della capacità contributiva delle singole società in quanto non ha previsto un collegamento diretto tra l'imponibile delle stesse e l'imponibile sul reddito del

7. *La tassazione dei redditi transnazionali: questioni di rilievo*

I nuovi modelli di *business*, altamente caratterizzati dall'integrazione "verticale" delle funzioni, si sostanziano nella creazione di gruppi multinazionali, ove diversi soggetti giuridici, localizzati in più Paesi, prendono parte a un'unica organizzazione imprenditoriale al cui vertice v'è un soggetto economico, generalmente una *holding*⁴⁶.

L'internazionalizzazione dei processi produttivi ha reso obsoleti i tradizionali meccanismi impositivi sui redditi transnazionali; di fatto, le imprese con attività particolarmente rivolte all'internazionalizzazione hanno "imparato" a utilizzare a proprio vantaggio le "mancanze" presenti negli ordinamenti tributari interni per abbattere il prelievo complessivo.

L'assenza a livello globale di "soluzioni" fiscali coerenti e univoche ha consentito "arbitraggi" che permettono sia la *profit shifting*, sia la *base erosion*: ciò anche perché, per molto tempo, la concorrenza fiscale è stata intesa come un possibile fattore di sviluppo economico, nonché si è ritenuto che i *locational benefits* si sarebbero "controbilanciati" gli uni con gli altri vantaggiosamente.

Ben presto, però, la concorrenza sleale ha iniziato a determinare "distorsioni", ripercuotendosi principalmente sui livelli occupazionali degli Stati membri⁴⁷.

L'OCSE nel suo rapporto del 1998 sulla "Concorrenza fiscale dannosa" ha definito i *Tax Haven* sulla base delle seguenti (principali) caratteristiche: assenza di tassazione o livello di tassazione solo nominale; carenza di un adeguato scambio di informazioni tra Stati e mancata trasparenza dei meccanismi di controllo sui flussi finanziari;

gruppo. Contestualmente, non ha equiparato il gruppo agli ordinari soggetti passivi, in quanto è ciascuna partecipante al consolidato a determinare l'imponibile individuale mediante l'applicazione delle regole ordinarie, pervenendosi così alla capacità contributiva del gruppo e muovendo dalle capacità contributive delle singole società.

⁴⁶ L'organizzazione reticolare permette di massimizzare la resa produttiva consentendo di esternalizzare e localizzare le diverse fasi produttive in ragione della convenienza economica e, talvolta, fiscale, sfruttando i diversi profili di vantaggio che un ordinamento conferisce rispetto ad altri.

⁴⁷ Per frenare pratiche fiscali dannose e contrastare l'uso di regimi fiscali agevolati, l'OCSE ha avviato, fin dal 1996, numerosi studi atti a individuare misure limitative, così come il Consiglio europeo più iniziative concertate con gli Stati membri.

difetto di reale attività economica, ovvero presenza di “entità” detenute da soggetti stranieri senza necessità di una loro presenza effettiva sul territorio; insufficienza di disposizioni interne che attribuiscono rilievo all'attività effettivamente svolta.

La *harmful tax competition* individua la pianificazione fiscale aggressiva quale condotta posta in essere dalle multinazionali che, operando in più Stati, minimizzano il carico fiscale collocando le proprie strutture operative e relativi profitti secondo criteri di “convenienza”. Sovente, quest'ultimi non sono, infatti, tassati ove prodotti, ma nei Paesi in cui la tassazione è nulla o estremamente ridotta⁴⁸.

Base erosion and profit shifting (BEPS) è, invece, l'espressione utilizzata dall'Organizzazione per definire gli effetti negativi delle strategie fiscali da parte delle imprese transnazionali⁴⁹.

Quanto al nostro ordinamento, per porre un argine alle anzidette criticità e, principalmente, al fenomeno della diversione dei profitti, si è intervenuti in materia di *controlled foreign companies*, *transfer price*, esterovestizione e rimpatrio degli utili. Segnatamente, a partire dal 1991, l'attenzione del legislatore si è focalizzata sul problema dei territori a fiscalità privilegiata, pur se una vera e propria azione sistematica e organica si è registrata solo nel 2003 con il d.lg. n. 344 che ha disciplinato le *controlled foreign companies*, esempio evidente dello sviluppo della produzione normativa simbioticamente al fenomeno della pianificazione fiscale aggressiva.

8. La CFC Rule

La *CFC Rule* è stata introdotta nell'ordinamento tributario domestico dalla l. n. 342/2000⁵⁰, entrata in vigore dal 2002. Il suo art. 1 ha determinato l'ingresso nel Tuir dell'art. 127 disciplinante il regime

⁴⁸ In merito, S. Cipollina, *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in «Riv. dir. fin. sc. fin.», 2014, I, p. 21 s. L'Autrice segnala l'attenzione che è stata rivolta al fenomeno dal Senato USA, dalla Camera dei Comuni britannica, dal Senato francese, dal G/20, dall'OCSE e dalla Commissione europea.

⁴⁹ A tal proposito, F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, Utet, Milano, 2018, p. 402, ha evidenziato una pratica nota alle cronache giornalistiche, definita *Double Irish with a Dutch Sandwich*.

⁵⁰ “Disposizioni in materia di imposte sui redditi”.

di imputazione in capo a soggetti residenti dei redditi delle imprese partecipate estere quando localizzate in ambiti territoriali con regimi fiscali privilegiati.

Quanto al livello internazionale, si possono distinguere due “modelli” di legislazione: il *jurisdictional approach*, organizzato, per l'appunto, su base territoriale, e il *transactional approach*, configurato per categorie di reddito⁵¹. Sul punto si segnala, peraltro, che la legislazione sulle CFC è stata adottata nei vari Stati con molteplici varianti e, tale contesto, ha comunque sviluppato forme negative di concorrenza fiscale tra Stati⁵².

In ogni caso, dall'introduzione nel nostro ordinamento della CFC si sono susseguiti diversi interventi riformatori – al limite della produzione compulsiva – che ne hanno modificato i presupposti e gli ambiti applicativi, talvolta allargando, talaltra restringendone, la portata. In particolare, dal 2004 le sue disposizioni sono contemplate all'art. 167 Tuir, a sua volta più volte novellato e, da ultimo, dal d.lg. n. 142/2018 recettivo di quanto previsto in materia anti-abuso dalle direttive “ATAD I” e “ATAD II”⁵³.

La norma, nello specifico, prevede che la normativa in questione si applichi, in qualità di soggetti “partecipanti”, a persone fisiche, società di persone e di capitali, nonché a soggetti non residenti in relazione alle loro stabili organizzazioni situate sul territorio italiano (comma 1).

Il combinato disposto dei commi 2, 3 e 4, della stessa disposizione definisce, a sua volta, i soggetti “partecipati” completando l'ambito soggettivo di applicazione; in specie, si considerano CFC: imprese,

⁵¹ P. Carabellese, *Lo Stato attuale delle normative sulle “Controlled Foreign Corporations” nell’Unione europea*, in «Dir. prat. trib.», 1999, III, p. 511 ss.

⁵² M. Nussi, *Profili ricostruttivi della disciplina sulle CFC*, in «Dial. dir. trib.» 2004, V, p. 903, ha segnalato che, sebbene le legislazioni CFC si basino sul modello statunitense, esse sono state concepite nei vari Paesi in funzione di specifiche e differenti esigenze che spesso convivono, quali di differire l'imposizione, contrastare la localizzazione dei redditi e attuare politiche di neutralità dell'imposizione del reddito mondiale. In ogni caso, l'Italia ha adottato un sistema che ibrida i due modelli.

⁵³ La direttiva “ATAD I” e successive modifiche si colloca all'interno dell’*Anti Tax Avoidance Package* e fa parte dell’ambizioso progetto della Commissione per una equa, semplice e maggiormente effettiva tassazione delle società all'interno della UE. In questo senso, C. Buccico, *Direttiva Atad: le novità in tema di Exit ed Entry Tax*, in «Inn. dir.», 2019, III, p. 104 s.

società, enti non residenti nel territorio italiano, stabili organizzazioni estere dei detti soggetti, nonché stabili organizzazioni di residenti che optino per la *branch exemption*.

Per il requisito oggettivo ai fini dell'imputazione del reddito della CFC, ossia riferito al "controllo", è stabilito che si reputano "controllati" i citati enti quando si verifichi almeno una delle seguenti condizioni: sottoposizione a controllo – di diritto o di fatto, diretto o indiretto, ai sensi dell'art. 2359 c.c. – da parte di un soggetto di cui al comma 1; detenzione di oltre il 50 per cento della partecipazione ai loro utili, diretta o indiretta, a opera di un soggetto di cui al comma 1⁵⁴. Ancora, la disciplina in esame si applica qualora i soggetti controllati non residenti integrino congiuntamente i seguenti requisiti: assoggettamento a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero sottoposti qualora risiedessero in Italia; realizzazione per oltre un terzo di *passive income*⁵⁵. Per il confronto è necessario considerare, da ambo i lati, l'*effective tax rate*.

In materia di esimenti, poi, non si applica la *CFC Rule* nel caso in cui il soggetto residente in Italia riesca a dimostrare che il controllato non residente svolga un'attività economica effettiva⁵⁶.

Infine, tra l'altro, ricorrendo le condizioni di applicabilità, il reddito realizzato dal controllato non residente va imputato ai soggetti (di cui al comma 1), in proporzione alla quota di partecipazione agli utili⁵⁷. Seguendo la nuova formulazione della norma, in sostanza, per invocare l'esimente detta, occorre non solo che la CFC disponga in *loco* di una struttura organizzativa idonea, ma anche che essa eserciti un'attività economica effettiva. Invero, ciò risulta più compatibile al diritto unionale dato che, a lungo, la legislazione in materia ha destato serie perplessità in merito al potenziale contrasto con le libertà fondamentali sancite dai Trattati⁵⁸.

⁵⁴ Art. 167, comma 2, Tuir.

⁵⁵ Comma 4, art. cit.

⁵⁶ Cfr. comma 5, come modificato dal decreto n. 142 cit.

⁵⁷ Comma 6.

⁵⁸ Sul punto, G. Ingrao, *La riforma dell'IRES e la legislazione sulle Controlled Foreign Companies*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma dell'IRES*, p. 255 s.; G. Bizioli, *Profili ricostruttivi in tema di compatibilità della disciplina CFC e della disciplina sulla presunzione di residenza in Italia con l'ordinamento comunitario*, *ivi*, p. 223.

La *ratio* della legislazione è diretta a contrastare pratiche abusive consistenti nel trasferimento fittizio di redditi all'estero e, ai fini della valutazione della sua ragionevolezza, è necessario discernere i comportamenti delle imprese ascrivibili a condotte lecite – qual è la scelta, tra i vari regimi fiscali, di quello meno oneroso – da quelli qualificabili elusivi/abusivi, cioè formalmente rispettosi delle disposizioni tributarie, ma tendenzialmente devianti rispetto alla *ratio* della norma⁵⁹.

In particolare, ai fini della disapplicazione delle regole sulle CFC è stata dirimente la sentenza della Corte di Giustizia europea sul caso *Cadbury Schweppes* ove, prescindendo da una precisa localizzazione territoriale, ha richiesto esclusivamente che l'attività economica sia "effettiva"⁶⁰.

La nuova esimente risolve, peraltro e indirettamente, un'ulteriore dubbiosità che ha animato il dibattito dottrinale, ossia quella inerente alla *ratio* antielusiva della *CFC Rule*: precedentemente, infatti, alcuni Autori sostenevano che essa fosse tesa a contrastare il *tax deferral*⁶¹, mentre altri che perseguiva il *capital export neutrality*⁶².

⁵⁹ Sul versante tributario, il tema è stato al centro di molteplici elaborazioni, confluite in un filone giurisprudenziale volto ad ampliare la "ragione fiscale" a discapito di canoni garantistici a favore del contribuente. Invero, a questa tendenza si sono contrapposte argomentazioni quali le garanzie di certezza del diritto e della parità delle parti in ambito processuale. Così C. Buccico, *L'abuso del diritto o elusione fiscale: clausola generale nel diritto tributario*, in «Riv. dir. impr.», 2016, I, p. 27. Peraltro, la contestazione di un comportamento del contribuente a correzione di disposizioni positivizzate può generare un contesto di incertezza e instabilità che mal si concilia con le esigenze delle organizzazioni imprenditoriali. In questo senso, D. Stevanato, *Elusione ed abuso del diritto come nuova frontiera dell'"inferno di ciò che è palese"*, in «Dial. trib.», 2010, I, p. 219. In ogni caso, emerge che nelle interpretazioni giurisprudenziali dei fenomeni elusivi/abusivi si attesta una certa "arbitrarietà", tale da attribuire un potere di fatto all'Amministrazione finanziaria. Così L. Letizia, *Sull'abuso del diritto tributario o elusione fiscale illegittima: profili critico-ricostruttivi*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Francesco Tesaurò*, in corso di stampa.

⁶⁰ Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc*. Per un approfondimento si rinvia a C. Garbarino, *La tassazione delle società e dei gruppi*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 263 ss.

⁶¹ Cfr. D. Stevanato, *Controlled foreign company: concetto di controllo ed imputazione del reddito*, in «Riv. dir. trib.», 2000, I, p. 777.

⁶² R. Dominici, *Lo spirito della legislazione CFC e i suoi intrecci con l'indeducibilità dei costi verso paradisi fiscali*, in «Dial. dir. trib.», 2005, I, p. 1191.

Ai fini dell'applicazione della disciplina è necessario, infatti, distinguere i comportamenti delle imprese ascrivibili a condotte lecite, ossia approvate dall'ordinamento tributario (qual è la scelta tra i vari regimi fiscali di quello meno oneroso), da quelli ascrivibili a ipotesi di elusione fiscale, cioè realizzati mediante pratiche formalmente corrette poiché non vietate da norme, ma sostanzialmente abusive, con a-sistematicità dei risultati raggiunti.

L'esistenza di un'organizzazione di beni, capitali e lavoro sul territorio di stabilimento – a testimoniare lo svolgimento di un'attività economica effettiva – rende lecita la scelta tra regimi fiscali alternativi, anche quando ciò comporta una contrazione dell'incisione. Al contrario, nel caso in cui le imprese partecipate estere siano costituite al fine di trasferire “redditi passivi”, tra i quali quelli che derivano dal possesso di *intangibles*, senza porre in essere alcuna attività economica, interviene la disciplina antiabuso⁶³.

9. Considerazioni conclusive

La *corporate tax*, nata come “strumento” per rimpinguare agevolmente i bilanci pubblici, è divenuta la forma principale di tassazione degli Stati.

Nel corso degli anni, essa è stata interessata da un notevole processo evolutivo, strettamente collegato alle diverse fasi che hanno caratterizzato gli sviluppi del sistema economico e produttivo, implicando la cooperazione internazionale affinché la tassazione risponda ai nuovi paradigmi posti dalla globalizzazione, non trascurando i principi di redistribuzione del reddito e della sostenibilità fiscale.

Ripercorrere l'evoluzione della *tax*, analizzarne i limiti e le criticità, rappresentano passaggi essenziali che evidenziano l'improcrastinabilità d'interventi normativi che individuino “meccanismi” atti a consentire alla fiscalità d'intervenire nel luogo in cui la ricchezza

⁶³ F. Tesauro, *Elusione ed abuso del diritto tributario italiano*, in «Dir. prat. trib.», IV, 2012, p. 686, ha precisato che in presenza di uno schema “circolare”, l'assenza di risultati economici rende, di per sé, elusiva l'operazione. Altrimenti, occorre confrontare due (o più schemi) di comportamenti, quello più gravoso, evitato, e quello meno oneroso, posto in essere.

è effettivamente prodotta, anche realizzando l'equità fiscale. Conseguentemente e, oramai, da un ventennio, le Istituzioni della UE si adoperano per istituire una *Corporate Income Tax* con aliquote minime comuni e uniformi tra gli Stati membri, ma le difficoltà insite per pervenire ad accordi in tal senso ne hanno sinora minato la concreta realizzazione⁶⁴. Del resto – trattandosi d'interventi in materia tributaria – è necessario che rispetto ad essa si raggiunga un consenso unanime, senza considerare che una soluzione euro-unionale finirebbe, comunque, con l'essere limitata in ragione della segnalata dimensione globale della questione.

A tale livello, del resto, si è lungamente attestata una polarizzazione di diverse posizioni⁶⁵ anche se, di recente, la nuova amministrazione “Biden” ha aperto a posizioni possibiliste per soluzioni generali e concertate. E così, all'ultimo vertice G20 a Roma del 30 e 31 ottobre scorso, le più grandi potenze economiche sono pervenute a un accordo avente a oggetto una *global minimum corporate tax*, iniziando a percorrere la giusta via, seppur ancora lunga e tortuosa⁶⁶.

⁶⁴ Per approfondimenti, C. Buccico, *Problematiche e prospettive della tassazione dell'economia digitale*, in «Dir. proc. trib.», 2019, p. 24 s.; L. Letizia, *Prospettive di tassazione post pandemia: il caso dell'imposta sui servizi digitali*, in M. Rispoli Farina e G. Rotondo (a cura di), *Il diritto dell'economia tra contesto emergenziale e nuovi paradigmi regolatori*, 2021, p. 66 s.

⁶⁵ Da un lato, vi sono gli Stati in cui risiedono le *holding* delle principali OTT MNE, rimasti impassibili dinanzi alla richiesta di un'equa ripartizione delle basi imponibili evasa dagli Stati dell'euro-zona; dall'altro, quelli i cui mercati sono insediati.

⁶⁶ Per l'OCSE, il sistema *global tax* va basato sui seguenti pilastri: riallocare i profitti delle grandi multinazionali; introdurre una *global minimum corporate tax rate*. Il primo riguarda strettamente le *big tech* con ricavi superiori a 20mld di dollari e con un margine operativo superiore al 10 per cento del fatturato; invero, solo la porzione che eccede la detta percentuale dovrà essere sottoposta a tassazione nei Paesi in cui si realizzano le vendite e a prescindere dalla residenza fiscale in uno Stato a RFP o meno. Quanto al secondo, il sistema si rivolge alle multinazionali con ricavi superiori a 750mln di euro, con applicazione di un'aliquota minima al 15 per cento negli Stati in cui le stesse effettivamente operano.

Area Socio-Politologica
e della Comunicazione

ADRIANO COZZOLINO

Pandemia e tecnocrazia. Il caso della *governance* del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’Unione Europea dalla crisi finanziaria globale del 2007/2008 alla crisi pandemica. – 3. L’Unione Europea di fronte alla pandemia. – 4. La *governance* del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Questo scritto proverà ad affrontare il tema della *governance* del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (da ora in poi: PNRR o Piano), un programma di investimenti e riforme presentato dall’Italia per poter accedere ad un imponente piano finanziario varato in sede europea, cioè il *NextGenerationEU*. L’obiettivo del programma europeo – il più imponente dopo il Piano Marshall (ufficialmente *European Recovery Program*) stanziato dagli Stati Uniti per l’Europa occidentale nell’ormai lontano 1948 – è affrontare la crisi pandemica e tracciare la direzione dello sviluppo sociale ed economico negli anni a venire, in particolare in merito ai temi della digitalizzazione e della “transizione verde”, cioè la trasformazione dell’economia in una prospettiva più attenta all’ambiente e all’ecosistema.

Obiettivo di questo contributo è fare luce in particolare sulla *governance* del PNRR, quindi sulla dimensione politico-istituzionale legata alla decisione e implementazione del Piano. L’analisi della *governance* del PNRR appare qui particolarmente rilevante poiché fornisce alcune indicazioni preziose sulle trasformazioni delle democrazie contemporanee (fenomeno, in vero, ormai di lungo periodo), e su alcuni possibili sviluppi politici e istituzionali, in Italia e in Europa, nella fase della crisi pandemica e nel post-pandemia.

La tesi del lavoro è la seguente: se, da un lato, il piano di aiuti

finanziari rompe – almeno nel breve-medio periodo – con la rigida disciplina di austerità e si basa al contempo su una serie di innovazioni nei meccanismi di finanziamento¹, dall'altro esso appare decisamente imperniato su una *governance* di tipo “tecnocratico”, sia nel momento di definizione degli interventi e delle riforme, sia nella fase della loro implementazione. In generale, la tecnocrazia è definibile come «l'esercizio di un potere basato sulla competenza»². La competenza, tuttavia, non è “neutrale” ma riflette gli assetti sociali, politici ed ideologici dominanti nel tempo. In questo senso, nel caso del PNRR emerge il ruolo centrale degli esperti e di organi “tecnici”, parte di un processo più generale di trasformazioni dello Stato in senso presidenzialista. Questi organi, come mostreremo in seguito, sono spesso creati *ad hoc* e incastonati all'interno delle strutture della Presidenza del Consiglio, di fatto bypassando il confronto parlamentare e pubblico attorno a possibili alternative inerenti la sostanza del Piano e la direzione dello sviluppo economico negli anni a venire³.

Il caso italiano appare dunque particolarmente illuminante in merito al ruolo politico-istituzionale assunto dai “tecnocrati” ormai da diverse decenni⁴. In tal senso, è bene specificare che un esperto diventa “tecnocrate” «solo quando è collocato ai livelli alti di responsabilità in un apparato di potere pubblico o privato».⁵ In Italia, storicamente, sono stati diversi i governi guidati da “tecnocrati”⁶; anche nel mezzo della crisi pandemi-

¹ R. Bellofiore, *The Winters of Our Discontent and the Social Production Economy*, in «Review of Political Economy», versione *online first*, 2021, pp. 1-20.

² J. Meynaud, *Tecnocrazia e politica*, Cappelli, Rocca San Casciano, 1965, p. 28.

³ Infatti, è utile qui sottolineare che il PNRR impegnerà l'Italia per un periodo di almeno sei anni e introdurrà fondamentali riforme (ad esempio nella Giustizia e nella PA) e investimenti.

⁴ Per una analisi particolareggiata sul tema dei governi tecnici cfr. A. Cozzolino, D. Giannone, *Technocrats in (the crises of) the state. Political change and state transformations in Italy*, in «Interdisciplinary Political Studies», 2021, 7, pp. 5-34; D. McDonnell, M. Valbruzzi, *Defining and classifying technocrat-led and technocratic governments*, in «European Journal of Political Research», 2014, 53, pp. 654-671; G. Pastorella, *Technocratic governments in Europe: getting the critique right*, in «Political Studies», 2016, 64, pp. 948-965.

⁵ Magali Sarfatti-Larson, *Notes on Technocracy: Some Problems of Theory, Ideology and Power*, in «M. Journal of Sociology», 1972-73, 17, pp. 1-34, p. 5.

⁶ Per una panoramica sui precedenti storici cfr. D. McDonnell, M. Valbruzzi, *op. cit.*; A. Cozzolino, D. Giannone, *op. cit.* Cfr. anche C. De Fiore, *Tendenze sistemi-*

ca le forze parlamentari, su pressione della Presidenza della Repubblica, hanno dato vita al quarto “governo tecnico” della storia Repubblicana. Questo governo è guidato dall'ex-Governatore della Banca Centrale Europea, Mario Draghi, ed è composto sia da esperti⁷, sia – ricorrendo alla nota formulazione weberiana – da “politici di professione”⁸. Il formarsi di questo tipo di governo appare ormai come una costante nella storia dell'Italia secondo-repubblicana; nei momenti di crisi, in particolare di tipo economico-finanziario, i tecnici subentrano al governo in funzione *de facto* di supplenza verso la classe politica⁹. Questa funzione di supplenza si caratterizza sia per l'introduzione di misure di *policy* particolarmente dure per larghe fasce della popolazione (misure di austerità e politiche neo-liberali), e quindi impopolari, sia per la legittimazione di tali politiche alla luce del “sapere” – apparentemente neutrale, sicuramente “depoliticizzato”¹⁰ – che i tecnici e gli esperti incarnano. La classe politica e i partiti, d'altra parte, concedono nel parlamento la fiducia a questo tipo di governo, di fatto esternalizzando sui “tecnici” possibili (e profonde) crisi di consenso derivanti dall'introduzione di misure particolarmente dure, soprattutto in termini di austerità¹¹.

che e aporie costituzionali dei governi tecnocratici in Italia, in «Costituzionalismo.it», 2021, 2, pp. 36-87.

⁷ Invero in Ministeri chiave, quali, tra gli altri, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, degli Interni, della Giustizia, dell'Innovazione tecnologica e transizione digitale, della Transizione ecologica, dell'Università e Ricerca, dell'Istruzione.

⁸ Il riferimento è alla nota formulazione di Max Weber, secondo il quale l'attività politica “professionale” si estrinseca soprattutto nel carattere *continuativo* della stessa. In altre parole, non è un esercizio occasionale. In tal senso, per i “politici di professione” l'attività politica costituisce l'occupazione principale, attorno alla quale ruota la loro vita. Si veda M. Weber (2004), *La politica come professione*, in Id., *La scienza come professione. La politica come professione*, trad. it. a cura di F. Tuccari, Torino, Einaudi (ed. or. 1919).

⁹ Cfr. A. Cozzolino, D. Giannone, *op. cit.*

¹⁰ Sul concetto di depoliticizzazione e “*governance* depoliticizzata” cfr. D. Giannone, *In perfetto Stato: Indicatori globali e politiche di valutazione dello Stato neoliberale*, Mimesis, Sesto San Giovanni, 2019, pp. 50-60.

¹¹ Questa scelta, tuttavia, non si è rivelata di lungo respiro e i partiti che hanno sostenuto governi di questo tipo (ad esempio nel caso del governo Monti) hanno visto il loro consenso ridursi comunque in modo significativo. Per un'analisi particolareggiata degli sviluppi politici della crisi finanziaria del 2008 in Italia, e del ruolo dei “tecnici”, rimando al mio *Neoliberal Transformations of the Italian State: Understanding the Rotations of the Crises*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 2021, in particolare il capitolo 7.

L'esperto/tecnico, di solito un economista o un alto burocrate proveniente da istituzioni quali banche centrali e agenzie indipendenti, appare dunque possedere un sapere consolidato e quindi rassicurante sia per la cittadinanza che per gli investitori e creditori internazionali; è colui o colei che, in particolare alla luce della sua storia professionale e accademica, sembra sapere con certezza "ciò che va fatto" per superare la situazione di crisi. Come nota sul punto Diego Giannone:

Se sul piano teorico la distinzione tra tecnocrazia e democrazia si presenta netta, al punto che i due regimi possono essere considerati come *alternativi*, nella prassi la tecnocrazia opera *all'interno* del regime democratico, non ponendosi in maniera antitetica rispetto ad esso, ma producendo piuttosto una costante tensione atta a favorire alcune trasformazioni nel suo funzionamento. Ci riferiamo, ad esempio, alla base di legittimazione delle decisioni politiche e al principio di reclutamento del personale governativo, allorché alla discrezionalità, quale caratteristica costitutiva della politica, e alle elezioni, quale procedura specifica di selezione del ceto politico, si sostituiscono il richiamo alla competenza e il "culto dell'efficienza"¹².

Il ruolo dei tecnici negli affari politici e istituzionali appare legato in modo inscindibile al destino della democrazia, o meglio, come una tappa del processo più generale di crisi della democrazia rappresentativa. I "lati" di questa lunga crisi strutturale sono molteplici e interconnessi tra loro: crisi dei partiti, disaffezione della cittadinanza verso la politica e i suoi riti (tendenza esemplificata dalla crescente astensione), disuguaglianze crescenti, ma anche quei processi di svuotamento delle istituzioni rappresentative, i parlamenti innanzitutto, il cui ruolo è ormai di mera ratifica delle decisioni prese in altre sedi, o di iniziativa legislativa su temi di minore importanza. L'altro lato della crisi della rappresentanza democratica è il processo di rafforzamento dei poteri esecutivi, che storicamente vede proprio nei governi tecnici una leva fondamentale¹³. Come sarà mostrato in questo lavoro attraverso l'analisi del PNRR, nella fase pandemica questi processi

¹² D. Giannone, *A(t)trazione tecnocratica: riflessioni critiche sui tecnici al potere in Italia*, in corso di stampa.

¹³ A. Cozzolino e D. Giannone, *op. cit.*

paiono vivere un ulteriore salto di scala. Governi tecnici e ruolo degli esperti, svalutazione del ruolo dei partiti, rafforzamento dei poteri esecutivi e centralizzazione del potere decisionale emergono come diversi elementi di un processo di transizione verso forme istituzionali che, in modo sempre più marcato, accelerano la crisi della democrazia rappresentativa¹⁴.

2. *L'Unione Europea dalla crisi finanziaria globale del 2007/2008 alla crisi pandemica*

Il periodo che si apre con la crisi finanziaria globale del 2007/2008 ha segnato in modo fondamentale gli sviluppi sociali e politici dell'Unione Europea e degli Stati Membri. Quella crisi, generata negli Stati Uniti a causa della bolla speculativa legata ai mutui *subprime*, si è trasmessa nei mesi successivi in Europa, prendendo le forme di una profonda crisi bancaria e del credito¹⁵. Negli anni successivi, alcuni importanti indicatori quali disuguaglianze socio-economiche, disoccupazione e povertà, e nuove forme di esclusione sociali, ci raccontano di un'Europa attraversata da profonde divisioni sociali e geografiche, e sempre più radicali polarizzazioni politiche¹⁶. Gli anni che vanno dalla crisi del 2007/2008 all'attuale crisi innescata dal Covid-19

¹⁴ Diversi sono gli autori che hanno affrontato il tema della crisi della democrazia. Tra questi, il primo a parlare di una transizione "post-democratica" è C. Crouch (*Postdemocrazia*. Laterza, Roma, 2003). Cfr. anche P. Mair, *Ruling the void: The hollowing of Western democracy*, Verso, Londra, 2013; W. Streeck, *Buying time: The delayed crisis of democratic capitalism*, Verso, Londra, 2014.

¹⁵ Per una analisi particolareggiata della crisi finanziaria e dei suoi sviluppi cfr. Adam Tooze, *Crashed: How a decade of financial crises changed the world*, Penguin, New York, 2018.

¹⁶ Per un'analisi d'insieme cfr. L. Basile, O. Mazzoleni (a cura di), *Sovereignism and Populism: Citizens, Voters and Parties in Western European Democracies*, Routledge, Londra, 2021; L. Verzichelli, *Conclusions. The populism-sovereignism linkage: findings, theoretical implications and a new research agenda*, in «European Politics and Society», 2020, 21, pp. 258-270; S. De Spiegeleire, C. Skinner e T. Sweijts, *The rise of populist sovereignism: What it is, where it comes from, and what it means for international security and defense*, The Hague Centre for Strategic Studies, The Hague, 2017; G. Maglione, *Techno-sovereignism: the political rationality of contemporary Italian populism*, in «Theory and Society, versione online first», pp. 1-23.

possono essere letti, retrospettivamente, come anni “perduti”, in particolare a causa della perdurante ortodossia neo-liberale, che vede nel mercato, e nel ruolo del capitale privato e dei processi di accumulazione, la via maestra per uscire dalla crisi e ripristinare la crescita. Via maestra il cui corollario è composto dalle politiche di austerità, e dalla generale riduzione del bilancio pubblico e della spesa pubblica in settori chiave quali Sanità e Istruzione.

Prima di passare ad analizzare la risposta europea alla crisi pandemica, è utile soffermarsi sulle risposte fornite dagli Stati Membri e dalle istituzioni sovranazionali. Tali risposte sono importanti – forse anche più delle cause – per comprendere non solo la *governance* economica dell’Unione Europea in generale, ma soprattutto le sue contraddizioni strutturali. In questo senso, la principale contromisura adottata in sede europea può essere interpretata come un doppio movimento di espansione del bilancio pubblico nella fase immediatamente successiva alla crisi e – soprattutto dal 2011/2012 in poi – di nuovo rigore finanziario (cioè, di *austerity*), con la contestuale creazione di una serie di meccanismi legali (e istituzionali) introdotti spesso al fuori dei Trattati¹⁷ per “imbrigliare” ulteriormente la politica economica in una direzione di austerità permanente. La prima fase vede dunque l’intervento espansivo del bilancio di molti Stati Membri sia per finanziare le misure di sostegno al reddito per molte fasce della popolazione colpite dalla recessione (ad esempio, gli ammortizzatori sociali come la cassa integrazione), sia per immettere ingenti quantità di denaro nel sistema bancario privato per evitare il cosiddetto “*credit-crunch*”, ossia una stretta nel credito e quindi un inasprimento della condizione recessiva, con il pericolo di ulteriori fallimenti di imprese. Le politiche espansive, naturalmente, hanno comportato un aumento generalizzato del livello dei debiti pubblici, in alcuni casi – come quello italiano e greco – raggiungendo entità di prima grandezza anche in seguito ad attacchi speculativi che hanno innescato una corsa al rialzo dei tassi di interesse.

¹⁷ Sul nesso tra emergenza ed eccezione nel diritto europeo cfr. C. Kreuder-Sonnen, *Beyond integration theory: The (anti-)constitutional dimension of European crisis governance*, in «JCMS: Journal of Common Market Studies», 2016, 54, pp. 1350-1366; C. Kreuder-Sonnen, J. White, *Europe and the transnational politics of emergency*, in «Journal of European Public Policy», 2021, versione *online first*, pp. 1-13.

Il secondo momento – che abbiamo indicato a partire soprattutto dal biennio 2011/2012 – inaugura una nuova serie di misure di austerità, in particolare attraverso tagli lineari al bilancio pubblico, formalmente per (1) fronteggiare l'aumento del debito pubblico e inaugurare politiche di rientro; (2) mostrarsi “credibili” e affidabili verso i mercati finanziari e i creditori internazionali, dunque nell'ottica di finanziare il proprio debito a tassi meno elevati e godere del favore degli investitori. Ciò, peraltro, nella generale direzione di politica economica neo-liberale – in coerenza con il paradigma incorporato nei Trattati europei soprattutto da Maastricht (1993) in poi¹⁸ –, dunque con un “*policy menu*” basato su politiche di liberalizzazione e privatizzazione, dismissione del patrimonio pubblico, espansione del mercato a settore precedentemente protetti, “flessibilizzazione” del mercato del lavoro con il ricorso a contratti a tempo determinato.

Gli effetti di queste politiche sono, oggi, particolarmente evidenti. La prolungata disciplina di austerità – che in Italia ad esempio è stata consolidata, dopo la crisi, da un altro governo “tecnico”, in questo caso guidato da Mario Monti (2011-12) – ha indotto una fase di stagnazione permanente in un contesto di aumento delle disuguaglianze socio-economiche. Le fasce deboli della popolazione hanno pagato il costo più alto della crisi e della ristrutturazione neo-liberale che ne è seguita (ad esempio in termini di alta disoccupazione giovanile e nuova emigrazione), mentre i tagli al bilancio pubblico hanno compromesso ulteriormente le infrastrutture materiali e immateriali del Paese (e di molti altri Paesi europei, specie nel Sud d'Europa).

Gli effetti della governance economica europea non si sono fatti attendere anche sul piano politico. In breve, un'ampia letteratura politologica¹⁹ ha documentato una diffusa tendenza alla formazio-

¹⁸ Sul tema cfr. B. Van Apledoorn, J. Drahokoupil e L. Horn (a cura di) *Contradictions and limits of neoliberal European governance: from Lisbon to Lisbon*, Palgrave Macmillan, Basingstoke (UK), 2008; S. Bulmer, S. J. Joseph, *European integration in crisis? Of supranational integration, hegemonic projects and domestic politics*, in «European Journal of International Relations», 2016, 22, pp. 725-748; M. Ryner, *Europe's ordoliberal iron cage: critical political economy, the euro area crisis and its management*, in «Journal of European public policy», 2015, 22, pp. 275-294.

¹⁹ Tra gli altri, cfr: D. Almeida, *Europeanized Eurosceptics? Radical Right Parties and European Integration*, in «Perspectives on European Politics and Society»,

ne di nuove tendenze verso la polarizzazione politica, in particolare legate alle forze populiste (di destra) ed euroscettiche. La questione dell'euroscetticismo non è casuale: infatti, l'Unione Europea ha perso una considerevole quota di consenso (e quindi di legittimità politica) nei lunghi anni della crisi, venendo sempre più percepita come una forza coercitiva che impone misure impopolari ai governi nazionali²⁰. D'altro canto, proprio le forze populiste ed euroscettiche hanno usato la battaglia anti-europeista per guadagnare quote di consenso nei rispettivi Paesi. In altre parole, l'"Europa", aldilà delle profonde contraddizioni proprie, è divenuta un "significante vuoto" usato nella battaglia politica quotidiana, il simbolo di un potere coercitivo dal quale – nella narrazione sovranista – liberarsi.

L'Europa pre-pandemica emerge quindi come una realtà caratterizzata sia da crescenti squilibri socio-economici, sia da crescente polarizzazione politica ed euroscetticismo. Questo, nell'ambito di un rafforzamento "multilivello" (nazionale e sovranazionale) dei poteri esecutivi e delle istituzioni "non-accountable" (quali BCE e agenzie di regolazione), e del parallelo svuotamento delle istituzioni a maggiore vocazione rappresentativa, quali i parlamenti nazionali – anche a fronte di una minor rilevanza strutturale di quello europeo. Mantenendo come punto di riferimento i fallimenti ormai storici della governance europea dopo il 2008, il prossimo paragrafo indaga, in via preliminare, se nella fase pandemica stiano emergendo alcune (almeno parziali) discontinuità.

2010, 11, pp. 237-253; M. Gomez-Reino, I. Llamazares, *The Populist Radical Right and European Integration: A Comparative Analysis of Party-Voter Links*, in «West European Politics», 2013, 36, pp. 789-816; O. Cramme, S.B. Hobolt (a cura di), *Democratic politics in a European Union under stress*, Oxford University Press, Oxford, 2014; S. Vasilopoulou, *Far Right Parties and Euroscpticism: Patterns of Opposition*, Rowman and Littlefield, Londra, 2018; S. Hutter, H. Kriesi, *Politicizing Europe in times of crisis*, in «Journal of European Public Policy», 2019, 26, pp. 996-1017.

²⁰ C. Kreuder-Sonnen, *An authoritarian turn in Europe and European Studies?*, in «Journal of European Public Policy», 2018, 25, pp. 452-464; sul caso italiano, specie sotto il governo Monti, cfr. l'eccellente contributo di S. Sacchi, *Conditionality by other means: EU involvement in Italy's structural reforms in the sovereign debt crisis*, in «Comparative European Politics», 2018, 13, pp. 77-92.

3. L'Unione Europea di fronte alla pandemia

Come notato in chiusura del precedente paragrafo, l'evoluzione dell'integrazione europea negli anni pre-pandemici ci consegna un quadro a tinte fosche. L'emergenza innescata dalla pandemia del Covid-19 ha esacerbato quegli squilibri globali che si erano già ampiamente manifestati – e consolidati – nei decenni precedenti. Le stesse politiche di austerità, in settori quali ad esempio la Sanità, hanno mostrato in modo inoppugnabile la miopia di questo paradigma. Alla luce di questo, se (per motivi di spazio) è impossibile qui ricostruire la cronologia delle decisioni, degli interventi e dei conflitti politici riguardanti Stati Membri e istituzioni europee nell'immediatezza della crisi legata al Covid-19, giova comunque rilevare alcune innovazioni soprattutto sul piano della politica economica.

Innanzitutto, è importante rilevare l'intervento della Banca Centrale Europea attraverso il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP), creato a marzo del 2020 e successivamente esteso fino alla fine della crisi legata al Covid-19. Il programma può essere concepito come una misura “non convenzionale”²¹ di politica monetaria basata sull'acquisto di titoli del settore privato e pubblico. Di fatto, ci troviamo di fronte ad un programma di monetizzazione del debito²² pur in assenza di un ministero del Tesoro europeo e pur formalmente in assenza di titoli di debito puramente europei (gli *Eurobond*). La dotazione iniziale del PEPP era di €750 miliardi, ai quali sono stati aggiunti stanziamenti ulteriori fino ad arrivare a €1850 miliardi.

Accanto agli interventi di politica monetaria, anche le decisioni di finanza pubblica comprendono alcune rilevanti novità, da non sottovalutare per il futuro dell'integrazione europea. La prima di queste è la sospensione, su proposta del Consiglio Europeo, del Patto di Stabilità e Crescita, decisione necessaria per non aggravare e consolidare la tendenza recessiva innescata dalla pandemia, e consentire l'intervento anti-ciclico dei Paesi Membri attraverso l'espansione dei loro bilanci pubblici. Accanto all'intervento degli Stati, le istituzioni europee – in particolare la Commissione – non sono state da meno nell'approntare

²¹ Non convenzionale perché i Trattati non consentono un acquisto diretto da parte della BCE dei titoli del debito pubblico.

²² R. Bellofiore, *op. cit.*

strumenti finanziari adeguati alle circostanze. Il primo è il programma SURE (*Support to Mitigate Unemployment Risks in an Emergency*), approvato nel maggio del 2020 e attivato a settembre dello stesso anno. Il programma si basa su prestiti dell'Unione ai Paesi Membri fino a €100 miliardi, creati attraverso l'emissione di *social bond*. Obiettivo del programma è proteggere sia i posti di lavoro in fase di crisi acuta, sia i lavoratori: ad oggi, gli Stati Membri che hanno ricevuto il sostegno SURE hanno usato il programma per finanziare sussidi, misure per supportare i lavoratori autonomi, indennità di congedo parentale, supporto ai lavoratori stagionali, sostegno alla formazione.

Il programma principale e più ambizioso è il *NextGenerationEU* (NGEU). Il NGEU è il più importante pacchetto di aiuti finanziari mai realizzato in Europa, con uno stanziamento di circa €800 miliardi nell'esercizio di bilancio 2021-2027. Se l'obiettivo generale del programma è «aiutare a riparare i danni economici e sociali immediati causati dalla pandemia di coronavirus», così da rendere «l'Europa post-COVID-19 [...] più verde, più digitale, più resistente e più adatta alle sfide attuali e future»²³, il suo epicentro è il *Recovery and Resilience Facility* (RRF) – all'interno del quale, come “nodo” nazionale, rientra il PNRR. Anche in questo caso, l'obiettivo è «mitigare l'impatto economico e sociale della pandemia di coronavirus e rendere le economie e le società europee più sostenibili, resilienti e meglio preparate alle sfide e alle opportunità della transizione verde e digitale»²⁴.

Equipaggiato con una dotazione di €723.8 miliardi, il RRF comprende sia prestiti (per €386 miliardi) che sovvenzioni (per €407 miliardi), formalmente per supportare riforme e investimenti dei Paesi europei. Anticipando un tema che sarà trattato nei prossimi paragrafi, appare ancora una volta centrale l'elemento della “condizionalità” – meccanismo peraltro già operante, ad esempio, nel caso dei prestiti alla Grecia tra il 2012 e il 2015, erogati dalla cosiddetta Troika²⁵

²³ Commissione Europea, *A recovery Plan for Europe*. Disponibile al sito: ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_en. Accesso eseguito in data 6 gennaio 2022.

²⁴ Commissione Europea, *The Recovery and Resilience Facility*, disponibile al sito: ec.europa.eu/info/business-economy-euro/recovery-coronavirus/recovery-and-resilience-facility_en. Accesso eseguito in data 6 gennaio 2022.

²⁵ Con Troika si intende il gruppo istituzionale formato da Commissione Europea, Banca Centrale Europea e Fondo Monetario Internazionale. Sul ruolo della

per evitare il *default* del Paese in seguito alla crisi dei debiti sovrani (meccanismo peraltro già consolidato, storicamente, con il ruolo di istituzioni internazionali quali il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale). In pratica, questo meccanismo prevede che gli Stati beneficiari si impegnino a seguire il programma di aggiustamento macroeconomico imposto dalle istituzioni europee (e internazionali) che, attraverso la raccolta del credito internazionale, concedono i finanziamenti.

Un ultimo elemento da sottolineare riguarda le fonti del finanziamento del programma e più in generale del bilancio europei negli anni 2021-2027. Accanto alle fonti classiche di finanziamento (ossia: dazi doganali, contributi degli Stati membri basati sull'IVA, contributi basati sul reddito nazionale lordo dei Paesi e, dal 1° gennaio 2021, la tassa sui rifiuti di imballaggio in plastica non riciclati), il NGEU è finanziato attraverso la raccolta del credito sui mercati internazionali dei capitali. I prestiti sono sottoscritti dalla Commissione Europea per conto dell'intera Unione Europea, e vengono poi redistribuiti ai singoli Paesi. Questa operazione è giustificata dalla maggiore fiducia di cui gode l'UE nel suo complesso, e dunque permette di prendere in prestito a tassi più vantaggiosi di quelli normalmente ottenuti da *alcuni* Stati (specialmente del sud Europa, evitando così possibili attacchi speculativi e una nuova crisi degli *spread*).

Possiamo concludere, in via preliminare, che l'UE sembra avere – almeno in parte – colto la lezione della fase inaugurata con la crisi finanziaria globale del 2008. L'intervento delle istituzioni europee e dei governi nazionali, in questa prima fase (e verosimilmente negli anni a venire), appare rompere con l'ortodossia “austeritaria”, ricorrendo ad un mix di politica monetaria e di bilancio per attutire lo shock della pandemia e inaugurare un ambizioso piano di investimenti. Eppure, nonostante alcuni pur importanti novità, non mancano elementi preoccupanti concernenti in particolare la dimensione politica degli interventi programmati. In tal senso, il prossimo paragrafo affronta più in dettaglio la governance del PNRR.

Troia nella crisi greca cfr. J.N. Lekakis e M. Kousis, *Economic crisis, Troika and the environment in Greece*, in «South European Society and Politics», 2013, 18, pp. 305-331; H. Flassbeck, C. Lapavistas, *Against the Troika: Crisis and austerity in the Eurozone*, Verso Books, London, 2015.

4. *La governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*

Come evidenziato in precedenza, per potere accedere ai prestiti e alle sovvenzioni ogni Paese deve presentare il proprio Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza. L'Italia, naturalmente, non fa eccezione. Questo paragrafo affronta il tema della governance del PNRR, dunque in particolare la dimensione istituzionale. Per ragioni di spazio, non è possibile effettuare una valutazione critica e in profondità delle misure specifiche del Piano; tuttavia, la questione resta aperta e di particolarmente importanza soprattutto per comprendere la direzione – se ancora sostanzialmente neo-liberale, o di altra ispirazione di politica economica – degli interventi.

Partiamo da una panoramica del Piano. Il PNRR sarà finanziato per un totale di €191,5 miliardi. Di questi, €122 miliardi sono prestiti e €68 miliardi sovvenzioni a fondo perduto. Tali dotazioni sono addizionali rispetto alla spesa corrente di bilancio. In termini generali, il Piano prevede tre assi strategici e sei missioni. I primi sono: digitalizzazione e innovazione; transizione ecologica; inclusione sociale. Le sei missioni, invece, riguardano: (a) digitalizzazione, innovazione, competitività, turismo, cultura; (b) Rivoluzione verde; (c) Infrastrutture per una mobilità sostenibile; (d) Istruzione e ricerca; (e) Inclusione e coesione; (f) Salute. In termini di implementazione, il Piano ha una *roadmap* decisamente serrata. L'intera dotazione finanziaria deve essere impiegata e rendicontata entro il 2026, ad un ritmo di spesa di c.ca €150 miliardi annui²⁶. Al contempo, il PNRR viene definito come un programma non di spesa ma “*performance based*”²⁷, ossia basato – in relazione alle successive erogazioni degli stanziamenti – sul raggiungimento di specifici obiettivi di performance. Questi si articolano in “*milestone*” e “*target*”: i primi costituiscono le tappe fonda-

²⁶ Senato della Repubblica e Camera dei Deputati, *Dossier PNRR: dati finanziari e quadro delle risorse e degli impieghi*, (Novembre 2021), disponibile al sito: www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01317147.pdf. Accesso eseguito in data 6 gennaio 2022.

²⁷ Ministero dell'Economia e delle Finanze, *Istruzioni tecniche per la selezione dei progetti PNRR*, 11 ottobre 2021, disponibile al sito: www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/CIRCOLARI/2021/21/Allegato-ISTRUZIONI-TECNICHE-AvvisI-2.pdf. Accesso eseguito in data 6 gennaio 2022.

mentali, con l'adozione di particolari norme, la piena operatività dei sistemi informativi, o il completamento dei lavori. I *target* sono invece gli indicatori misurabili, il cui obiettivo è misurare l'impatto del Piano. L'importanza di *milestone* e *target* consiste nel fatto che, come notato in precedenza, consentono di "sbloccare" le rate successive del Piano. In altre parole, solo al raggiungimento di determinati obiettivi, quantificabili e misurabili, valutati positivamente dalla Commissione Europea, sarà possibile sbloccare le successive rate del Piano.

Veniamo ora alla governance del PNRR, il cuore di questo contributo. La struttura della governance del Piano è introdotta dal decreto-legge n. 77 del 31 maggio 2021²⁸ (a margine, ci sia permesso di notare che l'uso sistematico della decretazione emergenziale meriterebbe un capitolo a parte²⁹). L'organo istituzionale che presiede all'attuazione generale del Piano è la Cabina di regia. La Cabina è, a sua volta, presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri; partecipano alle sedute i Ministri e i Sottosegretari di Stato competenti in ragione delle tematiche affrontate in ciascuna seduta, i Presidenti di Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano quando sono esaminate questioni di competenza regionale o locale, nonché il Presidente della Conferenza delle Regioni su questioni d'interesse di più Regioni o Province autonome. Possono essere inoltre invitati, a seconda della tematica affrontata, i rappresentanti dei soggetti attuatori e dei rispettivi organismi associativi e i referenti o rappresentanti del partenariato economico e sociale.

In termini di poteri e funzioni, la Cabina esercita poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi del PNRR. In particolare, elabora indirizzi e linee guida per l'attuazione degli interventi del Piano; effettua la ricognizione periodica e puntuale sullo stato di attuazione degli interventi (anche mediante la formulazione di indirizzi specifici sull'attività di monitoraggio); esamina le criticità nell'attuazione degli interventi; effettua il

²⁸ Il decreto è stato convertito, con modifiche, con la legge n. 180 del 29 giugno del 2020.

²⁹ Sul punto rimando a due miei precedenti lavori: A. Cozzolino, *Neoliberal Transformations of the Italian State*, cit.; *Reconfiguring the state: Executive powers, emergency legislation, and neoliberalization in Italy*, in «Globalizations», 2019, 16, pp. 336-352.

monitoraggio degli interventi che richiedono adempimenti normativi (appoggiandosi all'Ufficio per il programma di governo), e formula indirizzi relativi al monitoraggio; trasmette alle Camere, con cadenza semestrale, una relazione sullo stato di attuazione del PNRR; propone, ove ne ricorrano le condizioni, l'attivazione dei poteri sostitutivi.

L'altro organo di particolare rilevanza per l'attuazione del PNRR è la Segreteria tecnica, la cui durata è superiore a quella del governo che la istituisce e si protrae fino al completamento del PNRR. Anch'essa, inoltre, è impiantata nelle strutture della Presidenza del Consiglio. La Segreteria, che opera in coordinamento con altre unità altresì installate presso la Presidenza³⁰, ha in particolare il compito di: supportare la Cabina di regia e il Tavolo permanente nell'esercizio delle rispettive funzioni; elaborare periodici rapporti informativi alla Cabina di regia sulla base dell'analisi e degli esiti del monitoraggio sull'attuazione del PNRR; individuare e segnalare al Presidente del Consiglio dei ministri le azioni utili al superamento delle criticità; acquisire dal Servizio centrale per il PNRR le informazioni e i dati di attuazione del PNRR a livello di ciascun progetto; segnalare al Presidente del Consiglio dei Ministri i casi da valutare ai fini dell'eventuale esercizio dei poteri sostitutivi; istruire i procedimenti relativi all'adozione di decisioni finalizzate al superamento del dissenso. Cabina di regia e Segreteria tecnica, dunque, costituiscono il nesso principale della governance del PNRR, e sono dotate dei più ampi poteri esecutivi e di controllo.

Infine, meritano una nota anche il Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, e l'articolo 12 del decreto, inerente i poteri sostitutivi. Il primo è un tavolo di confronto composto dai rappresentanti delle parti sociali, del Governo, delle Regioni, delle Province autonome di Trento e Bolzano, degli Enti Locali e dei rispettivi organismi associativi, delle categorie produttive e sociali, dell'università e della ricerca, e della società civile. È utile sottolineare che il Tavolo, l'organo di fatto natura più collegiale tra quelli previsti nella struttura di governance del PNRR, ha una funzione meramente consultiva, dunque è privo di sostanziali poteri decisionali e/o di

³⁰ Cioè il Dipartimento per il coordinamento amministrativo, il Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica, e l'Ufficio per il programma di governo.

modifica, che restano sostanzialmente in capo alla Cabina di regia. Ancora più rilevante è il caso dell'articolo 12 del Decreto. Secondo l'articolo, il Presidente del Consiglio (o un Ministro competente) ha facoltà di sostituire il "soggetto attuatore" (regioni, province autonome di Trento e Bolzano, città metropolitane, province, comuni) in caso di inerzia, ritardo o difformità nell'esecuzione dei progetti; contestualmente, individua l'ente pubblico o nomina un commissario ad acta con il potere di adottare gli atti necessari per l'attuazione del Piano.

Da una valutazione preliminare, appare emergere in modo evidente la natura significativamente verticistica della struttura di governance del PNRR, con il ruolo preponderante del governo e in particolare del Presidente del Consiglio, che dispone di ampi poteri in merito a tutti gli aspetti del programma di riforme e investimenti, e di strutture finalizzate a supportarne le funzioni.

5. Conclusioni

L'Italia ha inviato il suo PNRR alla Commissione il 30 aprile del 2021. Poche settimane dopo, in data 22 giugno, la Commissione – con una analisi dettagliata – ha approvato il programma, reso poi definitivo grazie ad una decisione del Consiglio (13 luglio). In questo percorso particolarmente serrato merita una menzione specifica il caso, e il ruolo, del parlamento italiano. Il parlamento ha ricevuto il testo definitivo del PNRR per una valutazione complessiva solo pochi giorni prima dell'invio a Bruxelles, cioè il 25 aprile (approvando il testo il 26 e 27), rendendo di fatto particolarmente ardue l'analisi approfondita dei suoi contenuti e la definizione di possibili modifiche³¹. Inoltre, il Piano è stato ulteriormente modificato nel Consiglio dei Ministri del

³¹ Per una ricostruzione rimando a due articoli della fondazione OpenPolis: *Il Pnrr del governo non è consultabile sul sito della commissione europea*, 5 maggio 2021, disponibile al sito www.openpolis.it/il-governo-ha-cambiato-il-pnrr-e-nasconde-gli-allegati-di-dettaglio/. Accesso eseguito in data 8 gennaio 2022. Si veda anche, di OpenPolis, *Il governo ha cambiato il Pnrr e nasconde gli allegati di dettaglio*, 7 maggio 2021, disponibile al sito www.openpolis.it/il-governo-ha-cambiato-il-pnrr-e-nasconde-gli-allegati-di-dettaglio/. Accesso eseguito in data 8 gennaio 2022.

29 aprile, quindi dopo la votazione di Camera e Senato. Dopo avere inviato il documento alla Commissione il 30, questo è stato successivamente inviato al parlamento dopo ulteriori modifiche. Di fatto, il dibattito parlamentare è stato significativamente compresso in merito alla redazione del Piano e all'apporto di modifiche sostanziali. Inoltre, se il ruolo del parlamento appare ancora una volta significativamente compresso rispetto alla sua funzione costituzionale, anche nella sfera pubblica la discussione complessiva del PNRR appare quantomeno marginale rispetto all'importanza che rivestirà per il futuro del Paese. Investimenti, riforme, entità dei prestiti, tempistiche: elementi che avrebbero meritato una discussione politica di ben altra portata.

L'Italia è il Paese che ha beneficiato in assoluto di più dei contributi finanziari, eppure non mancano – come è emerso nell'analisi della struttura di *governance* del PNRR – significativi elementi critici. Il principale è la decisiva concentrazione del potere decisionale in merito a tutti gli aspetti del programma. La sostanza dell'indirizzo politico, dell'attuazione e del monitoraggio è demandata infatti ad una serie di organi tecnici – soprattutto Cabina di Regia e Segreteria Tecnica – installati presso la Presidenza del Consiglio. Dunque è il governo, in accordo e sotto l'indirizzo e il controllo della Commissione Europea, il principale attuatore del Piano, con il parlamento in una funzione prevalentemente consultiva.

Alla luce dunque dell'analisi effettuata, ci sembra di potere concludere che il PNRR si inserisca nella traiettoria più generale di presidenzializzazione delle democrazie contemporanee e di trasformazione dello Stato, in particolare all'interno della tendenza al rafforzamento dei poteri esecutivi e di riduzione degli spazi di rappresentanza politica e sociale; in altre parole, una tendenza al presidenzialismo *di fatto*, cioè in assenza di una riforma costituzionale comprensiva. Questo processo appare tanto più rilevante poiché il PNRR impegnerà il Paese nei prossimi sei anni almeno, tracciandone la direzione dello sviluppo e di fatto impendendo alternative e/o deviazioni dal percorso tracciato. In tal senso, il pilota automatico e la *governance* depoliticizzata – “a trazione tecnocratica”, per riprendere le parole di Diego Giannone – sembrano in procinto di effettuare un nuovo salto di scala: solo i prossimi anni ci diranno se, e in che misura, questi processi sono ormai il dato strutturale e fondamentale delle (post)democrazie in Italia e in Europa.

PIERGIUSEPPE BASILE

L'incidenza della territorialità negli affidamenti per l'erogazione dei servizi sociali

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La cornice normativa degli affidamenti dei servizi sociali. Cenni. – 3. La clausola di territorialità nella giurisprudenza. – 4. La territorialità nel settore dei servizi sociali. – 5. La territorialità nei servizi socio-sanitari. – 6. Conclusioni.

1. *Considerazioni introduttive*

Il tema dei servizi sociali¹ riveste particolare importanza anche alla luce della recente pandemia da Covid-19, la quale ha messo in luce le fragilità del sistema di *welfare state* nazionale, corroborando l'esigenza di una più radicale presenza sul territorio dell'offerta di servizi sociali² adeguati anche alle fasi dell'emergenza.

¹ Con tale definizione si intendono «tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia», così l'art. 128, c. 2, d.lgs. 112/1998. Sul punto, in dottrina si registrano numerosi contributi. In particolare si cfr. V. Caputi Jambrenghi, *I servizi sociali*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di) *Diritto Amministrativo*, I, Bologna, 2001; E. Ferrari, *I servizi sociali, introduzione, materiali, coordinate*, Milano, 1986; V. Molaschi, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in «Dir. econ.», 2004; A. Gualdani, *Diritto dei servizi sociali*, Torino, 2018

² Sul tema di recente si cfr. M. Tiberii, *Il rapporto tra enti pubblici ed enti del terzo settore e la natura delle convenzioni*, in *Il terzo settore. profili critici della riforma*, in D. Di Sabato, O. Nocerino (a cura di), Napoli, 2019; Id., *Il ruolo degli enti no profit nell'attività pubblica di programmazione e co-progettazione*, in «amministr@tivamente», 4/2019; Id., *Il settore "no profit" nella programmazione e gestione dei servizi*

Tuttavia, la molteplicità delle prestazioni erogate alla persona, difficilmente catalogabili in uno schema chiuso, il carattere personalistico del servizio offerto e l'attuazione del principio di sussidiarietà³, rappresentano diverse prospettive di un complesso meccanismo, che si pone in apparente contrasto con i principi che regolano l'ambito degli affidamenti pubblici⁴.

pubblici, in «Munus», 2/2019. In particolare, l'Autore analizza, nei diversi scritti, gli strumenti tipici degli affidamenti pubblici nell'ambito del Terzo settore, soffermandosi, in particolar modo, sulla programmazione, la co-progettazione e le convenzioni.

³ In merito è stato sottolineato che «il modello tradizionale di una pubblica amministrazione autoritativa, in seguito alla crisi economico-finanziaria di questi ultimi anni, ha lasciato spazio a forme di cooperazione a lungo termine tra pubblico e privato nell'ambito del Partenariato pubblico-privato. Termine quest'ultimo che implica un rapporto tra soggetti che si collocano sullo stesso piano. Il privato, dunque, non è più mero destinatario di decisioni unilaterali, ma diviene "partner" della p.a., espletando un ruolo da protagonista ad es. nelle fasi di realizzazione dell'opera e/o dei servizi pubblici», così M. Tiberii, *Il rapporto*, cit., p. 141; inoltre sul tema si cfr. E. Ferioli, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003; A. Moliterni, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2015, p. 90; R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; M.P. Chiti, *Partenariato pubblico-privato*, in M. Clarich e G. Fonderico (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007; si veda anche F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016.

⁴ Sul punto va ricordato che le questioni sociali non sono elementi estranei al codice dei contratti. In particolare, per quanto d'interesse nel presente contributo, occorre rilevare che il legislatore nazionale, recependo le indicazioni europee ha inserito all'interno del d.lgs. n. 50/2016 una serie di previsioni relative agli affidamenti dei servizi sociali, in particolare si cfr. artt. 140-144 del Codice; sul punto si rinvia a S. Tirelli, *Servizi sociali e codice dei contratti pubblici*, in «Dir. it.», 2019. Inoltre, ed ampliando lo sguardo al tema della dimensione sociale nella contrattazione pubblica occorre rilevare che le Direttive comunitarie nn. 24 e 25 del 2014 hanno riscritto le esigenze che accompagnano il settore dei contratti pubblici, allargandone i confini attraverso l'espresso richiamo ad esigenze sociali ed ambientali. In particolare, ci si riferisce alle disposizioni relative alle clausole sociali ed al macro tema del *green public procurement*. Sotto tale profilo, recentemente, con l'art. 47 del d.l. 21 maggio 2021, n. 77, è stata introdotta una normativa volta a riconoscere un requisito premiale dell'offerta in relazione ai criteri di parità di genere e lavoro giovanile per gli appalti riferibili al PNRR. Tali riferimenti rispondono ad esigenze individuate dalla Commissione Europea sin dal Libro Verde del 27.1.2011, «Sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti», dove si specifica che «obiettivo complementare è far sì che

Sotto tale aspetto sorge, pertanto, la problematica volta ad individuare in quali termini le esigenze territoriali possano coniugarsi con il regime degli affidamenti dei servizi *de quo*.

Inoltre, la cornice normativa, partendo dalla legge quadro n. 328 del 2000 (“Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali”) e passando dalla riforma del Titolo V della Costituzione, nonché dal d.lgs. 50/2016 e dal Codice del Terzo Settore (d.lgs. n. 117/2017), sconta la presenza, in tale settore, di una pluralità di attori pubblici e privati coinvolti nei diversi livelli.

E proprio in relazione alle esigenze regionali e/o locali⁵ sorgono dei rischi di compromissione del delicato bilanciamento che intercorre tra le garanzie di concorrenzialità e gli affidamenti in oggetto⁶. Del resto, ad esempio, il settore socio-sanitario⁷ rappresenta un comparto

i committenti facciano un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni: fra questi la tutela dell’ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell’innovazione e dell’inclusione sociale e infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità», in *www.op.europa.eu*. Sul punto cfr. R. Caranta, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, in C. Marzuoli, S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, p. 127 ss., Napoli, 2017; S. Villamena, *Codice dei contratti pubblici*, 2006. *Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in «Riv. giur. ed.», 3/2017, p. 101.

⁵ In seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione sono proliferati una serie di interventi normativi regionali di settore tra le quali la legge regionale Puglia n. 17 del 2003, legge regionale Campania n. 11 del 2007, legge regionale Umbria n. 58 del 2008.

⁶ Sul punto è stato sottolineato, richiamando la sentenza della CGUE 11 dicembre 2014, C-113/13, che «la disciplina del settore, che si caratterizza, date le sue peculiarità, per l’articolato e diversificato confronto tra P.A. ed enti no-profit, presuppone un – invero – non facile “contemperamento” tra principi della concorrenza e principi di solidarietà e sussidiarietà; contemperamento che, per affermazione della Corte di Giustizia, sovente chiamata a pronunciarsi sugli affidamenti degli appalti di servizi sociali, non è ritenuto valido a priori, “bensì subordinato alla condizione che il volontariato contribuisca in modo effettivo al perseguimento delle finalità sociali e degli obiettivi di solidarietà, non permettendosi quindi che le deroghe al principio della competizione economica celino in realtà vantaggi indebiti per gli enti del terzo settore”», così L. Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime – non troppo – ‘alleggerito’ frutto di una ‘complicata semplificazione’*, in «Urb. app.», 2016, p. 1001.

⁷ Per quanto attiene l’aspetto personalistico delle prestazioni in oggetto è stato chiarito che «l’appropriatezza della prestazione è strettamente legata a esigenze spe-

che esige, per sua natura, una certa celerità ed urgenza d'intervento e per tale ragione si presta all'elusione delle regole della concorrenza. A fronte di tale inscindibile relazione tra la materia in oggetto e gli ambiti territoriali, occorre domandarsi sotto quali profili ed in che termini l'affidamento dei servizi sociali possa manifestarsi attraverso un collegamento diretto con i territori dove i servizi stessi saranno erogati.

2. *La cornice normativa degli affidamenti dei servizi sociali. Cenni*

In via preliminare, risulta opportuno richiamare – sia pur brevemente – l'evoluzione della disciplina dell'erogazione dei servizi sociali. Infatti, la recente introduzione del Codice del Terzo Settore (d.lgs. n. 117/2017) pone notevoli questioni in ordine all'astratta applicazione, per qualsiasi forma di affidamento, delle regole che governano la concorrenza del mercato previste dal Codice dei Contratti (d.lgs. n. 50/2016), che disciplina l'affidamento dei servizi sociali agli artt. 140-143.

In particolare, nell'ambito di queste ultime disposizioni si prevede un regime differenziato delle procedure in oggetto⁸ attinente a

cifiche e inevitabilmente differenziate, sia sul piano personale – variando da persona a persona – sia sul piano sociale, perché le situazioni che generano marginalità o disagio sono fortemente condizionate, se non addirittura determinate, dalle peculiarità del contesto territoriale [...]. Ciò rappresenta un aspetto di estrema rilevanza perché la 'personalizzazione' degli interventi di sostegno assicura la piena realizzazione del paradigma personalista nei diritti all'assistenza e nei servizi che li soddisfano, assegnando al singolo individuo un ruolo attivo nella definizione della prestazione che può ricevere», così N. Vettori, *Persona e diritto all'assistenza*, in «Dir. pubbl.», 1/2016, p. 324.

⁸ In particolare, l'art. 140 del Codice prescrive che «per quanto riguarda la disciplina della pubblicazione degli avvisi e dei bandi, gli enti aggiudicatori che intendono procedere all'aggiudicazione di un appalto per i servizi di cui al presente comma rendono nota tale intenzione con una delle seguenti modalità: a) mediante un avviso di gara; b) mediante un avviso periodico indicativo, che viene pubblicato in maniera continuativa. L'avviso periodico indicativo si riferisce specificamente ai tipi di servizi che saranno oggetto degli appalti da aggiudicare. Esso indica che gli appalti saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto; c) mediante un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione che viene pubblicato in maniera continuativa».

forme di aggiudicazioni cd. alleggerite⁹, e, in taluni casi, speciali¹⁰, comunque da svolgersi nel rispetto dei principi concorrenziali generali. Infatti, indipendentemente da contratti sopra o sotto soglia, o nei casi richiamati dall'art. 142, co. 5 bis, del d.lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti sono tenute a rispettare i principi di libera concorrenza e non discriminazione di cui all'art. 30 del Codice¹¹.

⁹ Per quanto attiene la pubblicità della gara si cfr. l'art. 142 del d.lgs. n. 50/2016, a mente del quale «le stazioni appaltanti che intendono procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico per i servizi di cui all'allegato IX rendono nota tale intenzione con una delle seguenti modalità: a) mediante un bando di gara, che comprende le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera F, conformemente ai modelli di formulari di cui all'articolo 72; b) mediante un avviso di preinformazione, che viene pubblicato in maniera continua e contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I. L'avviso di preinformazione si riferisce specificamente ai tipi di servizi che saranno oggetto degli appalti da aggiudicare. Esso indica che gli appalti saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto».

¹⁰ Sul punto, l'art. 142, co. 5 bis, del Codice stabilisce che per i servizi sanitari, i servizi sociali e servizi connessi, i servizi di prestazioni sociali, gli altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative l'affidamento «deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti. 5-quater. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 21, le amministrazioni aggiudicatrici approvano gli strumenti di programmazione nel rispetto di quanto previsto dalla legislazione statale e regionale di settore. 5-quinquies. Le finalità di cui agli articoli 37 e 38 sono perseguite anche tramite le forme di aggregazione previste dalla normativa di settore con particolare riguardo ai distretti sociosanitari e a istituzioni analoghe. 5-sexies. Si applicano le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65. 5-septies. Oltre a quanto previsto dai commi da 1 a 5-sexies, devono essere, altresì applicate per l'aggiudicazione le disposizioni di cui agli articoli 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. 5-octies. Gli appalti di servizi di cui al comma 5-bis, di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera d), sono affidati nel rispetto di quanto previsto all'articolo 36».

¹¹ A mente del quale, «l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazio-

Pertanto, la presenza all'interno dell'ordinamento di una cornice normativa volta ad escludere dalle regole della concorrenza le attività solidaristiche potrebbe comportare ipotesi di violazione dei principi di *par condicio* e non discriminazione per gli operatori economici presenti all'interno dei mercati.

Al riguardo, è stato sottolineato¹² che il Codice del Terzo Settore, nel valorizzare le esperienze solidaristiche, fa riferimento ad alcuni istituti (co-progettazione, convenzione¹³) che si pongono al di fuori dei principi e degli strumenti previsti dal d.lgs. n. 50/2016. In particolare, l'art. 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 dispone che gli enti pubblici possano stipulare con gli enti del terzo settore delle «convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali d'interesse generale se più favorevoli rispetto al mercato»; si tratta di uno strumento consensuale che consente l'affidamento diretto di un servizio in deroga alle regole dell'evidenza pubblica¹⁴. Proprio in

ne, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico». Inoltre, sul punto, occorre rilevare che il Codice, all'art. 36, co. 1, per gli affidamenti sotto soglia prescrive l'utilizzo del principio di rotazione, al fine di limitare le violazioni alla concorrenza; sul punto si cfr. S. Tirelli, *op. cit.*, p. 6 ss.

¹² Si cfr. M. Tiberii, *Il settore "no profit"*, cit., pp. 591, 593, laddove l'Autore ricorda che «il sistema dell'affidamento diretto mediante convenzione è sempre stato utilizzato come strumento privilegiato volto a favorire ed agevolare la collaborazione tra enti pubblici ed enti no profit in virtù della comunanza d'interessi tra i due soggetti e del carattere non lucrativo dei secondi». Del resto, in tal senso si richiama l'art. 57 del Codice del Terzo settore, dedicato al servizio di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, secondo il quale tale tipologia di servizi: «possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato».

¹³ Sul tema si cfr. M. Tiberii, *Il ruolo degli enti no profit*, cit., p. 90 ss.

¹⁴ Si cfr. M. Tiberii, *Il settore "no profit" nella programmazione e gestione dei servizi pubblici*, in «Munus», 2, 2019, p. 592 ss., dove l'Autore esamina quali sono i servizi che possono essere oggetto di affidamento diretto, considerando superata la tesi che limitava tale ipotesi ai servizi non aventi carattere socio-sanitario, nonché la tesi che circoscriveva l'uso di tale strumento soltanto nei confronti «dei servizi strumentali» ovvero erogati in favore degli enti pubblici.

quest'ambito è intervenuto il Consiglio di Stato con parere n. 2052 del 20.8.2018, attraverso il quale sono stati indicati i parametri di definizione dei confini applicativi dei due Codici.

Sul punto, è stato preliminarmente evidenziato che il Codice del Terzo Settore non invoca¹⁵ il rispetto «delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione». Al fine di operare la distinzione tra le suddette cornici normative, secondo il Consiglio di Stato, occorre richiamare la definizione di appalto pubblico¹⁶, che a livello europeo consiste in «contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi». Pertanto, occorrerà valutare il carattere economico o meno del servizio oggetto di affidamento e laddove quest'ultimo possa generare una remunerazione, anche indiretta, l'affidamento non potrà che essere gestito attraverso i principi concorrenziali previsti dal Codice degli Appalti¹⁷.

¹⁵ Diversamente dall'art. 6 del d.P.C.M. 30 marzo 2001 recante "Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328".

¹⁶ Inoltre, il Consiglio di Stato chiarisce che al ricorrere di alcune condizioni la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno: «non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria. Ciò accade allorché: - la procedura disciplinata dal diritto interno non abbia carattere selettivo; - non tenda, neppure prospetticamente, all'affidamento di un servizio sociale; - la procedura disciplinata dal diritto interno miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito» Si cfr. sul tema S. Frego Luppi, *L'affidamento e la gestione dei servizi di interesse generale*, in S. Pellizzari, A. Magliari (a cura di), *Pubblica Amministrazione e Terzo Settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, 2019, p. 25.

¹⁷ In dottrina, si è del resto evidenziato che l'uso del termine "convenzione" per l'affidamento diretto in materia di servizi ad es. socio sanitari è coerente, considerato che tale strumento si può annoverare nell'ambito degli accordi di diritto pubblico, che non sono connotati diversamente dagli appalti «dall'onerosità prestazione»: M. Tiberii, *Il rapporto tra enti pubblici ed enti del terzo settore e la natura delle convenzioni*, in D. Di Sabato, O. Nocerino (a cura di) *Il terzo settore. profili critici della riforma*, Napoli, 2019, p. 159.

3. *La clausola di territorialità nella giurisprudenza*

Una volta definito il campo di applicazione delle regole concorrenziali, occorre chiarire in quale misura ed in che termini la clausola di territorialità può trovare applicazione nel settore degli affidamenti pubblici. Sotto tale profilo, è noto come la normativa comunitaria¹⁸ sia rivolta all'eliminazione di qualsiasi barriera all'ingresso del mercato europeo, consentendo a tutti gli operatori economici di poter esercitare le proprie libertà senza alcun vincolo territoriale, residuando lo spazio di intervento di dette limitazioni solo al verificarsi di alcune condizioni¹⁹, che saranno esaminate nel corso del presente contributo.

Sul piano interno, tale obbligo è stato trasposto all'art. 35, co. 2, del d.lgs. n. 50/2016, a mente del quale «le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi», che risponde a quanto previsto sia dall'art. 2 sia dal sopra richiamato art. 30 del medesimo testo, secondo il quale «nell'affidamento degli appalti

¹⁸ Il riferimento è all'art. 18 della direttiva europea n. 24 del 2014, a mente del quale: «amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata. La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici».

¹⁹ Sul punto è stato sottolineato che: «in questa prospettiva occorre considerare che, per costante prassi giurisprudenziale, i provvedimenti nazionali restrittivi delle libertà economiche di movimento riconosciute dal Trattato possono essere giustificati qualora soddisfino, cumulativamente, alcune condizioni (cd. *Gebhard test*). In particolare, le misure nazionali restrittive devono: i. applicarsi in modo non discriminatorio; ii. essere giustificate da ragioni imperative di interesse pubblico; iii. risultare idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito; iv. non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo», così E. Caruso, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo in generale*, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», fasc. 5, 2017, p. 1155; per un'analisi del d.lgs. n. 50/2016 si cfr. F.G. Scoca, A.F. Di Sciascio (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50 del 18 aprile 2016), Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2017.

e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice²⁰».

Altresì, è noto che nell'ambito della propria discrezionalità, la stazione appaltante può limitare la partecipazione alla gara agli operatori economici «purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto²¹».

Conseguentemente, occorre bilanciare l'esigenza di valorizzare i principi concorrenziali con le singole procedure di affidamento, limitando quanto più possibile l'applicazione di misure protezionistiche degli operatori economici all'interno di un dato territorio.

Ma a fronte della cornice normativa sopra richiamata, la giurisprudenza si è trovata, con frequenza, a dover fronteggiare delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti hanno imposto delle clausole territoriali ai concorrenti.

In particolare, si segnalano episodi in cui l'amministrazione ha richiesto il possesso di una sede operativa e/o legale all'interno di un dato territorio al fine di poter partecipare alla gara o, viceversa, delle previsioni in cui è stato attribuito un maggior punteggio agli operatori strutturalmente collegati al territorio di erogazione del servizio oggetto di affidamento.

Per quanto concerne l'applicazione delle clausole di territorialità ai fini della partecipazione alla gara, in generale la giurisprudenza

²⁰ In ultimo, per quanto concerne l'attenzione del legislatore nazionale alla valorizzazione dei principi comunitari concorrenziali, il Decreto Semplificazioni recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali» (d.l. n. 76 del 17.7.2020, conv. con mod. in l. n. 120/2020) ha previsto, all'art. 1, co. 2, l. b, che le procedure negoziate, senza bando, dovranno essere eseguite «previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate».

²¹ Così Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2020, n. 2004, richiamata tra le altre da Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

maggioritaria²² tende a escluderne del tutto la loro applicazione²³, ciò in quanto si produrrebbe «una violazione sia del principio di non discriminazione, sia del principio di parità di trattamento richiamati dall'art. 2 del Codice dei contratti pubblici e principi cardine del Trattato CE e delle Direttive appalti producendo un iniquo vantaggio agli operatori economici già operanti sul territorio di riferimento e determinando, a causa della richiesta capacità organizzativa aggiuntiva per l'impresa, un elemento di distorsione dei costi del partecipante alla procedura di gara»²⁴.

²² Si cfr. sul punto T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *ter*, 14 gennaio 2014, n. 466, secondo la quale: «è illegittima una procedura per la ricerca di manifestazioni di interesse per l'affidamento dei servizi di assistenza tecnica riferiti alla gestione faunistica venatoria nel caso in cui il bando preveda, tra i requisiti di ammissione alla selezione, a pena di esclusione, l'avvenuto svolgimento di un servizio di almeno tre anni in favore di almeno un ambito territoriale sito nella regione, trattandosi di un requisito estremamente restrittivo e del tutto privo di motivazione, che impedisce la partecipazione di concorrenti che abbiano maturato la propria esperienza in altre regioni», in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si cfr. altresì Consiglio di Stato, Sez. V, 15.5.2019, n. 3147 per la quale: «si tratta di una clausola irragionevole, al di là del corredo motivazionale sotteso, in quanto preclusiva della partecipazione di operatori che, seppure ubicati nel territorio di Calenzano, non si trovino nelle sole frazioni indicate dalla *lex specialis*, ovvero collocati al di fuori del Comune, ad una distanza di soli 0,5 chilometri dal confine comunale con le frazioni abitate e/o industriali. L'irragionevolezza è ravvisabile nella ristrettezza degli eterogenei parametri fissati dalla lettera di invito, che, per quanto finalizzati all'economicità, violano in modo non proporzionato i principi di libera concorrenza e di massima partecipazione, di matrice anche eurounitaria, i quali vietano ogni discriminazione dei concorrenti *ratione loci*», in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²³ In particolare, il tema attiene la possibilità di prevedere delle clausole di esclusione ulteriori rispetto al principio di tassatività delle stesse. Sul punto si cfr. l'art. 83, co. 8, d.lgs. 50/2016, a mente del quale: «i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle». In tema si rinvia a M. Pizzi, *Tassatività delle cause di esclusione e soccorso istruttorio*, in C. Contessa (a cura di), *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici. Le grandi tematiche del settore degli appalti pubblici nell'analisi giurisprudenziale*, Piacenza, 2019; nonché si cfr. P. Cerbo, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in «Dir. amm.», 2020, p. 739; F. Mastragostino, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in «Urb. e app.», 2017, p. 745 ss.

²⁴ Così T.A.R. Marche, sez. I, 18 novembre 2019, n. 704 che, sul tema, richiama la giurisprudenza della CGUE nel caso *Commezbank* (sent. 13.07.1993, causa C-330/91),

Tuttavia, in svariate occasioni la giustizia amministrativa, valutando²⁵ caso per caso le singole procedure, ai fini del loro utilizzo, ha imposto un rigoroso onere motivazionale alla stazione appaltante²⁶.

In questo senso, è stata considerata legittima²⁷ l'ipotesi in cui, per il servizio di riparazione, manutenzione e revisione dei mezzi comunali, la p.a. appaltante, ha imposto la presenza fisica di officine nei

per la quale «il principio della parità di trattamento vieta non solo le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, o in base alla sede per quanto riguarda le società, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di distinzione, pervenga in effetti al medesimo risultato», in *www.eur-lex.europa.eu*.

²⁵ Nel caso in esame il Collegio ha sottolineato che la legittimità della clausola in oggetto derivava dalla considerazione per la quale: «i mezzi vengono portati in officina dagli stessi dipendenti comunali che li utilizzano per l'espletamento dei compiti d'ufficio, il che richiede che i tempi di consegna e riconsegna degli automezzi non siano tali da distogliere per l'intera giornata lavorativa o addirittura per più giorni i dipendenti dai compiti d'istituto. Va tenuto presente che il Comune di Falconara è di piccole-medie dimensioni e non dispone dunque di una cospicua flotta di automezzi, né di un numero particolarmente elevato di addetti, per cui sarebbe contrario al principio di proporzionalità costringere il Comune a portare i propri mezzi – anche per i controlli più banali – in un'officina che, a seguire la tesi di parte ricorrente, potrebbe essere situata anche a centinaia di chilometri dalla sede dell'ente», così T.A.R. Marche-Ancona, Sez. I, 15.1.2018, n. 45, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁶ Sul punto si cfr. A. Coiante, *Le clausole di territorialità nelle procedure di gara tra tutela della concorrenza e discrezionalità amministrativa*, in «Foro amm.», n. 9, 2019, p. 1458. In particolare l'Autore sottolinea che «per adeguata motivazione può intendersi una giustificazione che, a fronte della concreta e proporzionata necessità della stazione appaltante, possa resistere nel bilanciamento da compiersi con il principio di tutela della concorrenza, quello di non discriminazione e di massima partecipazione alle procedure, e più in generale, con i principi generali posti a fondamento della disciplina dei contratti pubblici», p. 1467.

²⁷ Nel caso in esame il Collegio ha sottolineato che la legittimità della clausola in oggetto derivava dalla considerazione per la quale: «i mezzi vengono portati in officina dagli stessi dipendenti comunali che li utilizzano per l'espletamento dei compiti d'ufficio, il che richiede che i tempi di consegna e riconsegna degli automezzi non siano tali da distogliere per l'intera giornata lavorativa o addirittura per più giorni i dipendenti dai compiti d'istituto. Va tenuto presente che il Comune di Falconara è di piccole-medie dimensioni e non dispone dunque di una cospicua flotta di automezzi, né di un numero particolarmente elevato di addetti, per cui sarebbe contrario al principio di proporzionalità costringere il Comune a portare i propri mezzi – anche per i controlli più banali – in un'officina che, a seguire la tesi di parte ricorrente, potrebbe essere situata anche a centinaia di chilometri dalla sede dell'ente», così T.A.R. Marche-Ancona, Sez. I, 15.1.2018, n. 45, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

territori d'interesse in fase di ammissione alla procedura, in quanto: «sarebbe contrario al principio di proporzionalità costringere il Comune a portare i propri mezzi – anche per i controlli più banali – in un'officina che, a seguire la tesi di parte ricorrente, potrebbe essere situata anche a centinaia di chilometri dalla sede dell'ente».

Inoltre, la necessità di considerare la legittimità della clausola di territorialità alla luce delle concrete caratteristiche della prestazione oggetto di gara ha consentito di valutare la clausola predetta non quale requisito di partecipazione ma, viceversa, quale requisito di esecuzione del servizio oggetto di gara.

In particolare, è stata oggetto di giudizio²⁸ una gara indetta da una stazione appaltante per l'affidamento di servizi di *contact center* a favore dei soggetti tenuti al pagamento dei tributi locali, la quale aveva preteso dai concorrenti d'individuare la sede operativa del servizio all'interno del territorio comunale. Tuttavia, tale elemento, lungi dal doversi considerare alla stregua di un requisito di partecipazione, era volto a garantire l'operatività del servizio nonché la formazione e l'aggiornamento dei dipendenti e, soprattutto, era da considerarsi quale requisito di esecuzione del contratto il quale, pertanto, sarebbe dovuto essere soddisfatto solo a seguito dell'aggiudicazione.

In secondo luogo, anche per quanto attiene il profilo dell'attribuzione dei punteggi *ratione loci*, in linea generale, la giurisprudenza ne contesta l'applicazione.

Più in particolare, è stato considerato illegittimo il bando di gara avente ad oggetto il servizio di pulizia degli edifici comunali, nella parte in cui riconosce agli operatori economici un punteggio premiale all'offerta tecnica «in ragione del radicamento costante della Cooperativa sociale di tipo B nel territorio», nonché per gli elementi «in grado di testimoniare l'organico radicamento territoriale del progetto stesso attraverso l'impiego di personale proveniente dal territorio»²⁹, ciò in quanto «la combinazione dei due elementi appena evidenziati realizzava quindi senz'altro un'illegittima rendita anticoncorrenziale di posizione, in contrasto con i principi di libera concorrenza e di non discriminazione».

²⁸ Cfr. T.A.R. Piemonte-Torino, Sez. I, 16.7.2019, n. 811, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁹ T.A.R. Veneto, Sez. I, 21.3.2018, n. 320, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Inoltre, non ha superato il vaglio di legittimità la richiesta della stazione appaltante di attribuire un punteggio premiale agli operatori che avessero dichiarato all'interno dell'offerta tecnica di essere in possesso di una sede operativa ad una distanza non superiore agli 80 km dal luogo di esecuzione del contratto³⁰, ciò anche sul presupposto che una pretesa siffatta può trovare una sua collocazione al più nell'ambito dei requisiti di esecuzione del contratto, al fine di non ingenerare una evidente violazione della *par condicio* concorrenziale.

Del resto, una pronuncia recentissima³¹ ha sottolineato il carattere anticoncorrenziale di tutte quelle clausole della *lex specialis* di gara, «che richiedono alle imprese partecipanti, quali requisiti di partecipazione alla gara o criteri tecnici per il riconoscimento di un maggior punteggio, l'ubicazione della sede operativa entro una certa distanza rispetto al servizio da espletare, venendo in rilievo, comunque, in tali casi, la violazione dei principi europei di libera concorrenza – e cioè di effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati – di non discriminazione e di parità di trattamento degli operatori economici, nonché del *favor participationis*»³².

Del resto, anche la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una norma regionale tendente a conferire alle

³⁰ T.A.R Valle d'Aosta, 17 settembre 2018, n. 44, in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹ Consiglio di Stato, Sez. V, 15.11.2021, n. 7597, la quale sul punto aggiunge, inoltre, che: «proprio al fine dell'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione, non possono ritenersi legittime tutte quelle clausole della *lex specialis* di gara che limitino in modo ingiustificato tanto la libertà di stabilimento, quanto la libertà di prestazione di servizi da parte di operatori che hanno sede al di fuori dei luoghi indicati nelle regole di gara», in www.giustizia-amministrativa.it.

³² Inoltre, sul tema occorre richiamare la Delibera Anac n. 1142 del 12 dicembre 2018, la quale in relazione alla possibilità di attribuire un punteggio maggiore ad operatori in grado di dimostrare l'impiego di personale proveniente dal territorio di riferimento, ha stabilito che «è di assoluta evidenza come i criteri in questione, non potendo essere ragionevolmente giustificati in nome di un'effettiva incidenza sulla prestazione richiesta – essendo evidentemente ben possibile che anche operatori aventi dipendenti e organizzazione stabile al di fuori della distanza richiamata possiedano i requisiti tecnico-organizzativi richiesti per assicurare un'efficiente esecuzione dei lavori a farsi – finiscano per determinare un vantaggio del tutto svincolato dalle caratteristiche oggettive dell'offerta, in violazione dei principi che reggono il mercato concorrenziale», in www.anticorruzione.it.

stazioni appaltanti la facoltà di riservare alle imprese del territorio la partecipazione ad appalti di lavori sotto soglia, ha precisato che: «la norma censurata prevede la possibilità di riservare un trattamento di favore per le micro, piccole e medie imprese radicate nel territorio toscano e, dunque, anche sotto questo profilo è di ostacolo alla concorrenza, in quanto, consentendo una riserva di partecipazione, altera la *par condicio* fra gli operatori economici interessati all'appalto»³³.

4. *La territorialità nel settore dei servizi sociali*

Richiamate, brevemente, le coordinate normative e giurisprudenziali che governano i confini della legittimità della clausola territoriale, appare interessante soffermarsi sulle conseguenze derivanti dal loro utilizzo nell'ambito dei servizi sociali.

In particolare, come precedentemente ricordato, tali categorie di affidamenti sono regolati da una disciplina peculiare nell'ambito della normativa codicistica, senza, tuttavia, porsi all'esterno rispetto al campo dei principi concorrenziali³⁴.

Del resto, in applicazione di tali indicazioni, è stata dichiarata l'illegittimità del bando di una gara attinente prestazioni di servizi socio-sanitari, assistenziali e integrati alla persona all'interno della Regione

³³ In particolare, la Corte sottolinea: «la norma censurata stabilisce che, in considerazione dell'interesse meramente locale degli interventi, le stazioni appaltanti possono prevedere di riservare la partecipazione alle micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio regionale per una quota non superiore al 50 per cento e in tal caso la procedura informatizzata assicura la presenza delle suddette imprese fra gli operatori economici da consultare». Sul punto si cfr. L. Parona, *Clausole di territorialità e promozione delle PMI nell'affidamento dei contratti pubblici. Considerazioni a margine della sentenza n. 98/2020 della Corte Costituzionale*, in «Ist. del fed.», ottobre/dicembre 2020, p. 973 ss.

³⁴ Sul punto è stato affermato che «le novità più significative portate dal diritto comunitario dei servizi pubblici si collegano a due principi: quello di proporzionalità e quello dell'effetto utile. Essi hanno una comune radice, poiché sono entrambi pensati per preservare le regole del Trattato; nella loro applicazione ai servizi pubblici, i due principi danno rilevanza giuridica ad aspetti che, nella tradizione del nostro diritto pubblico, si collocano nella sfera della responsabilità politica», così F. Trimarchi Banfi, *I servizi pubblici nel diritto comunitario, nozione e principi*, in «Riv. it. dir. pubbl. comp.», 2008, p. 1064.

Toscana, a fronte della necessità in capo ai concorrenti di dimostrare in fase di prequalifica una lista di contratti di rete con operatori radicati sul territorio, in quanto surrettiziamente sarebbe stata introdotta una forma di restrizione territoriale di modo da escludere i concorrenti non presenti in detto luogo³⁵.

Tale principio si pone in linea di continuità con un orientamento consolidato, il quale in più occasioni non ha mancato di rilevare che prevedere quale requisito di partecipazione l'iscrizione di Cooperative Sociali all'interno di appositi Albi regionali³⁶ violerebbe i principi di concorrenza e *par condicio*, che regolano le gare anche nell'ambito della categoria dei servizi sociali³⁷.

Sul punto, pertanto, gli affidamenti nell'ambito dei servizi sociali non sembrano divergere dalle disposizioni generali in tema di concorrenza.

Del resto, come ricordato in precedenza, il Consiglio di Stato, nel delimitare i confini applicativi della materia, obbliga le amministrazioni ad affidare mediante gara pubblica, con il rispetto dei relativi principi concorrenziali, quei servizi che possano generare anche indirettamente un'utilità economica in favore dell'operatore economico.

Tuttavia, si segnala anche una recente pronuncia³⁸ per aver in par-

³⁵ T.A.R. Toscana, Sez. III, 28.3.2020, n. 371, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁶ Sul punto occorre richiamare quanto sostenuto da M. Tiberii, che nell'ambito della del tema dell'iscrizione all'interno di albi specifici afferma che «le stazioni appaltanti possono esigere requisiti di ammissione alle gare ulteriori rispetto a quelli minimi previsti dalla legge, ma sempre senza introdurre criteri discriminanti, illogici e sproporzionati rispetto all'oggetto dell'appalto per “non restringere oltre lo stretto indispensabile il potenziale numero degli aspiranti-concorrenti”», in *Documentazione di gara e documento di gara europeo, certificazioni, mezzi di prova, elenchi ufficiali di operatori economici*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, p. 1453.

³⁷ Si cfr. T.A.R. Abruzzo, Sez. I, 27.10.2008, n. 1166 che, in relazione ad attività dirette all'affiancamento di di alunni disabili negli istituti scolastici della Regione Abruzzo, ha sancito l'illegittimità del bando di gara il quale richiedeva, quale requisito di partecipazione, l'iscrizione delle Cooperative Sociali all'interno dell'Albo regionale, pena l'esclusione dalla procedura, sul presupposto che una siffatta previsione avrebbe di fatto escluso ulteriori concorrenti che, esclusivamente per una ragione geografica, non avrebbero potuto prendere parte alla gara, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁸ Tar Calabria-Catanzaro, Sez. I, 5.3.2021, n. 472, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un commento alla presente pronuncia si cfr. B. di Giacomo Russo, secondo il quale «il criterio della territorialità trova fondamento nella coesione, che trae fondamento e legittimazione dalla Costituzione (art. 119, co. 5 e art. 3, co. 2) e

te preso le distanze dal circuito di garanzie normative e giurisprudenziali appena evidenziate. Nel caso in esame, in particolare, il Collegio ha ritenuto del tutto legittimo stabilire all'interno dei bandi di gara un punteggio premiale in relazione al radicamento territoriale dei concorrenti. Più nello specifico, il servizio oggetto di affidamento riguardava il sistema di accoglienza integrata SIPROIMI³⁹.

Segnatamente, la stazione appaltante ha previsto, all'interno del disciplinare di gara, l'assegnazione di un punteggio pari ad un massimo di 10 punti sui 100 disponibili per l'offerta tecnica al concorrente che avesse provato un radicamento territoriale nella provincia di esecuzione del servizio «per aver già svolto in passato il servizio oggetto di appalto all'interno del territorio provinciale».

Ebbene, in tale ipotesi, il Collegio, richiamando la Delibera ANAC del 30.9.2014, n. CP-7⁴⁰, ha sostenuto il collegamento naturale tra il servizio in oggetto ed il territorio di riferimento. Infatti, è appar-

dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 174), che richiedono “interventi speciali” per promuovere uno “sviluppo armonico” (Trattato) e per “rimuovere gli squilibri economici e sociali” (Costituzione)», in *www.ilDirittoAmministrativo.it*.

³⁹ Con tale acronimo si intende il sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati, introdotto ai sensi del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in l. n. 132/2018. Per quanto concerne, in generale, gli aspetti legati all'organizzazione delle politiche migratorie si cfr. M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano 2012; nonché G. Savio, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, in P. Morozzo Della Rocca (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna, 2017, p. 15 ss.

⁴⁰ L'ANAC, nel caso in esame è intervenuta per dichiarare legittima la pretesa di un collegamento con il territorio di riferimento, censurando tuttavia, la sproporzione del punteggio attribuibile per detto requisito. In particolare ha chiarito che: «la territorialità del servizio è strettamente connessa con una migliore efficacia della sua esecuzione e la stessa localizzazione territoriale dei progetti SPRAR voluta dal legislatore, giustifica l'indirizzamento delle risorse pubbliche verso il contesto circoscritto dei soggetti del terzo settore operanti sul territorio di riferimento». Tuttavia, il parametro in rassegna appare censurabile sotto due diversi profili: per la incongrua commistione tra i criteri del “radicamento territoriale” e della “conoscenza delle caratteristiche del fenomeno”, i quali, attenendo l'uno ad un requisito strutturale-organizzativo e l'altro ad una qualità soggettiva del concorrente, necessitavano quantomeno di una disgiunta e autonoma ponderazione; inoltre, il punteggio complessivo attribuito al singolo parametro “contesto” appare sproporzionato», in *www.anticorruzione.it*.

so necessario individuare un *quid pluris* rispetto all'esclusivo servizio di accoglienza, consistente in attività di raccordo con ulteriori servizi sociali quali l'accompagnamento «socio-economico-abitativo delle persone con disagio, nonché collaborazioni con servizi socio-educativi locali e l'associazionismo giovanile». Secondo il Collegio, per tali servizi risultava «imprescindibile il lavoro di rete e di raccordo con le realtà, associative e istituzionali, specializzate nell'accoglienza e nella protezione di tale condizione di vulnerabilità».

Pertanto, la previsione, nel caso in esame, di un punteggio premiale nei confronti dell'operatore che avesse provato un rapporto stabile con il territorio di riferimento non ha comportato, come conseguenza, l'illegittimità della clausola in parola⁴¹ che, al contrario, è stata considerata necessaria in quanto funzionale ad un complesso di servizi da erogare.

Inoltre, nella medesima pronuncia si è affermato che tale premialità non si pone in contrasto rispetto ai principi comunitari anche a fronte della possibilità di «illuminare la qualità dell'offerta e a condizione che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo».

A ben vedere, pertanto, risulta necessario provare la presenza di un duplice presupposto al fine di ammettere l'impiego della clausola di territorialità nell'ambito delle procedure in oggetto.

In primo luogo, infatti, occorrerà valutare l'impatto positivo derivante dalla conoscenza, da parte dell'operatore economico, del territorio di riferimento e, in secondo, risulterà altresì opportuno circoscriverne l'applicazione esclusivamente all'attribuzione di un punteggio non determinante per la valutazione complessiva dell'offerta.

⁴¹ La pronuncia, inoltre, richiama un interessante precedente relativo al servizio di fornitura di buoni spesa agli utenti di un servizio sociale comunale. Il ricorrente impugnava il bando nella parte in cui avrebbe attribuito un maggior punteggio agli operatori che avessero già svolto il medesimo servizio all'interno della Regione. Secondo il Tribunale, in questo modo si sarebbe salvaguardata, legittimamente, la posizione di chi in passato ha maturato «una significativa esperienza delle necessità locali, ovvero che hanno una sede nell'ambito della Regione, il che esprime un apprezzabile radicamento nel territorio e semplifica i rapporti con la Ditta che si aggiudica la commessa», in *www.giustizia-amministrativa.it*.

5. *La territorialità nei servizi socio-sanitari*

Il tema in oggetto trova un interessante luogo di applicazione nel settore dei servizi socio-sanitari⁴². Come noto, in tale categoria rientrano una serie di prestazioni che accompagnano il cittadino-utente in un percorso che vede coinvolti sia attori pubblici, mediante l'erogazione, tra le altre, di prestazioni prettamente mediche, sia gli operatori del *profit* e/o *no profit*, attraverso percorsi riabilitativi, di reinserimento e di accompagnamento alle attività quotidiane⁴³.

Ebbene, nell'ambito degli affidamenti di tali servizi⁴⁴, la giurisprudenza si è interrogata sulla possibilità di esclusione del concorrente non radicato nell'ambito territoriale. In particolare, nel caso

⁴² In tema di servizi socio-sanitari si cfr. P. De Angelis, *L'affidamento dei servizi sanitari e socio-sanitari: tra esigenze specifiche e vincoli normativi*, Bologna 2013; nonché A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2020; E. Rossi, *Il 'socio-sanitario': una scommessa incompiuta?*, in «Riv. AIC», n. 2, 2018. Inoltre, per quanto concerne la rilevanza nella materia in oggetto di esigenze solidaristiche e non solo, pertanto, economiche, è stato evidenziato: «rileva piuttosto la tendenza più recente di abbandonare la tutela della concorrenza come valore assoluto, poiché la stessa va bilanciata con tutte le altre posizioni soggettive pariorinate, a livello nazionale, europeo, o sovranazionale. A tal fine sono utile strumento per effettuare il bilanciamento i principi di solidarietà, di economicità e di equilibrio di bilancio», così M. Mattalia, *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in «Dir. amm.», 3, 2016, p. 466.

⁴³ Sul punto si cfr. R. Degani, R. Mozzanica, *L'integrazione sociosanitaria*, in E. Codini, A. Fossati, S.A. Frego Luppi (a cura di), *Manuale dei servizi sociali*, Milano 2017.

⁴⁴ Il tema, in seguito all'entrata in vigore del Codice del Terzo Settore è oggetto di numerosi scritti in dottrina. In particolare, per quanto concerne il rapporto pubblico-privato si cfr. M. Tiberii, secondo il quale: «l'amministrazione non deve più necessariamente perseguire direttamente ed autonomamente i propri fini, ma può "servirsi" del privato per la realizzazione degli interessi generali, invertendo, in questo modo, l'impostazione tradizionale nella quale l'emisfero pubblico ed il privato erano separati da una linea netta di demarcazione», *Il ruolo degli enti no profit*, cit., p. 86. Inoltre, si cfr. M. N. Iannaccone, *Prime considerazioni sul Codice del terzo settore*, in «Coop. enti non profit», 10/2017; M. Clarich, B. Boschetti, *Il Codice del Terzo settore: un nuovo paradigma?*, Relazione in occasione del Seminario di Alta Formazione su «La riforma del Terzo Settore», Bologna, 9 febbraio 2019, in *www.spisa.unibo.it*, M.V. Ferroni, *L'affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in «Nomos», 2-2018; nonché A. Palmaccio, *Brevi osservazioni sulle modalità di erogazione dei servizi sociali dopo l'entrata in vigore del correttivo al codice dei contratti e del codice del terzo settore*, in «Nomos», n. 3-2017.

di procedure volte all'affidamento di posti letto per Residenze Socio-Sanitarie Assistenziali (RSA) all'interno dei Distretti Sanitari regionali⁴⁵, è stato oggetto di scrutinio un avviso pubblico nella parte in cui limitava la partecipazione esclusivamente alle strutture aventi sedi all'interno di un determinato distretto sanitario, escludendo, o quanto meno, valutando solo in subordine le offerte provenienti da strutture ubicate in altri distretti⁴⁶.

Sotto tale profilo, è evidente che il servizio offerto risponde ad una politica di prossimità dell'assistenza al cittadino che, attraverso un'attenta pianificazione regionale, deve essere posto nelle condizioni di scegliere la struttura più adeguata senza doversi allontanare dal luogo di residenza.

La scelta della stazione appaltante di valutare solo in subordine le offerte provenienti da operatori con sede in altri distretti, astrattamente in contrasto con le regole concorrenziali, secondo il Collegio, non sarebbe soggetta ad illegittimità in quanto per il servizio in questione la stessa normativa comunitaria⁴⁷ consentirebbe di derogare: «all'applicazione integrale dei principi pro-concorrenziali quando potrebbe derivarne un *vulnus* all'efficienza del servizio, la cui fun-

⁴⁵ Cfr. T.A.R. Puglia-Bari, Sez. II, 7.3.2018, n. 294, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶ Sotto tale profilo, si cfr. S. Frego Luppi, *op. cit.*, p. 28, Napoli, 2019, secondo la quale: «qualora l'accreditamento nasconda una dinamica selettiva, in quanto subordinato a un contingente massimo stabilito in sede di programmazione ovvero in quanto strumento per addivenire all'attivazione di un partenariato, dovrà farsi luogo all'applicazione delle regole in materia di contratti pubblici, salvo che si versi in ipotesi di totale gratuità». Sul punto si cfr. altresì E. Frediani, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, 2021.

⁴⁷ Il riferimento è all'art. 106 TFUE secondo il quale «Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni». Si cfr. sul punto F. Trimarchi Banfi, *I servizi pubblici nel diritto comunitario, nozione e principi*, in «Riv. it. dir. pubbl. comp.», 2008.

zionalità si è ritenuto possa essere soddisfatta se viene erogato dalle strutture *viciniori* al bacino di utenza, legittimando, pertanto, la scelta dell'amministrazione committente».

A bene vedere, tale conclusione sembrerebbe in linea rispetto anche a quanto sostenuto dall'Anac che in più occasioni ha chiarito i limiti applicativi del criterio territoriale in materia.

In particolare, l'Autorità, con la Delibera n. 32 del 2016⁴⁸, ha precisato che: «le amministrazioni devono adottare particolari cautele nel richiedere, quale requisito di partecipazione o di prevedere, come elemento di valutazione dell'offerta, lo svolgimento di servizi analoghi sul territorio di riferimento o l'aver già attivato e sperimentato forme di collaborazione con la medesima amministrazione o con altri soggetti pubblici o privati operanti sul territorio medesimo».

Inoltre, recentemente⁴⁹, è stata sottoposta la vaglio di legittimità una clausola territoriale volta a riconoscere un punteggio premiale, pari ad un decimo del totale disponibile per l'offerta tecnica, agli operatori economici che avessero già svolto il servizio di soggetto attuatore del progetto SPRAR⁵⁰, in ragione del «radicamento dell'Ente Gestore nel territorio della Regione Calabria».

In particolare, il Collegio, applicando le coordinate appena richiamate, ha considerato illegittimo il bando nella parte in cui ha previsto l'attribuzione del punteggio premiale collegato al radicamento territoriale del concorrente, in quanto «la delineata dimensione 'regionale' del criterio di collegamento al territorio degli operatori economici partecipanti alla gara ne rende palpabile l'irragionevolezza, non essendo dato comprendere come la presenza 'radicata' di un'impresa in una qualsiasi area del vastissimo territorio regionale calabrese, magari distante centinaia di chilometri dal piccolo Comune di Sant'Ilario dello Jonio, possa meglio 'illuminare' la qualità dell'offerta».

⁴⁸ Delibera 20 gennaio 2016, n. 32 “Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali”, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹ T.A.R. Calabria, Sez. staccata Reggio Calabria, 30.11.2021, n. 901, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰ Con tale acronimo si intende il Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati, sostituito, ai sensi del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in l. n. 132/2018, dal Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati (SIPROIMI).

Appare evidente, che in siffatta ipotesi, la clausola territoriale sia stata considerata illegittima nella misura in cui avrebbe permesso a qualsiasi operatore economico regionale di poter ottenere un punteggio premiale anche in assenza di collegamento con i servizi sociali comunali.

A ben vedere, in tali ipotesi, ciò che rileva non è la partecipazione e/o l'attribuzione di un maggior punteggio derivante dalla collocazione territoriale dei concorrenti, ma l'obiettivo di erogare un servizio efficiente e adeguato ai bisogni dei destinatari dello stesso.

Paradossalmente, pertanto, in tali ipotesi si ammette il ricorso alle clausole di territorialità al fine di consentirne l'applicazione a livello comunale/provinciale⁵¹ in ragione del luogo di esecuzione della prestazione⁵².

6. Conclusioni

Da quanto appena esposto, il tema delle clausole di territorialità rappresenta tuttora, nonostante i numerosi interventi del giudice amministrativo, una questione ancora aperta nell'ambito degli affidamenti pubblici, che trova applicazione in svariati settori.

In generale, la giurisprudenza ha limitato la possibilità di adottare tali clausole ai fini della partecipazione alla gara, in quanto siffatte restrizioni avrebbero generato posizioni protezionistiche nei confronti degli operatori economici presenti sul territorio, in palese violazione delle regole basilari che governano gli affidamenti pubblici.

⁵¹ Tuttavia, al fine di poter riconoscere degli spazi di applicabilità della clausola territoriale, appare necessario il rispetto di una valutazione meticolosa del servizio e/ della rete di servizi necessari per l'erogazione del servizio in un dato luogo, oltre alla compresenza di un onere motivazionale particolarmente rigoroso, in modo da evitare che le amministrazioni possano tentare, attraverso tali clausole, di favorire, anche se indirettamente, operatori economici del territorio di riferimento.

⁵² Sul punto è stato sottolineato che «in ambito amministrativo, l'esternalizzazione rappresenta un fenomeno organizzatorio consistente nel trasferimento della produzione di servizi e attività strumentali di pubbliche amministrazioni a imprese private, pur continuando le stesse pubbliche amministrazioni a finanziare quelle attività ed assumendosi la responsabilità del soddisfacimento pubblico», così P. Grauso, *Legittimità e merito nella scelta di esternalizzare*, in *La dimensione sociale*, cit., p. 55.

Tuttavia, in talune ipotesi, residuali, si è giunti a riconoscerne la legittimità in funzione dell'attribuzione di un maggior punteggio, non determinante, e comunque in virtù di un rafforzato onere motivazionale in capo all'amministrazione.

Per quanto attiene il settore dei servizi sociali, come ricordato in precedenza, la cornice normativa, nazionale e comunitaria, nell'individuare l'ambito di applicazione delle regole concorrenziali, valorizza le specificità del mercato in oggetto, dalle quali ne deriva una necessaria opera di decostruzione dei principi che regolano gli affidamenti pubblici.

Sotto tale profilo, emergono con forza le peculiarità di attività (socio-sanitarie, assistenziali) ontologicamente collegate al territorio di riferimento, sia per gli attori coinvolti (pubblici e/o privati), sia per la molteplicità dei bisogni della comunità.

In particolare, dall'analisi proposta, è emerso un quadro all'interno del quale, in un primo periodo, la giurisprudenza ha escluso la possibilità di adozione di clausole volte a limitare la partecipazione alle gare e/o attribuire un maggior punteggio di natura territoriale, con ciò non discostandosi dalle regole ordinarie stabilite dal Codice dei Contratti.

Successivamente, anche a seguito dell'intervento dell'Anac, l'opportunità di garantire una sorta di continuità territoriale tra gli operatori economici ed i bisogni della comunità di riferimento ha fatto emergere la necessità di modellare i principi cardine della contrattualistica pubblica con il singolo servizio oggetto di gara, al fine di offrire al territorio una risposta quanto più immediata e consapevole.

Di conseguenza, si ammette la possibilità di prevedere all'interno dei bandi di gara clausole volte a valorizzare il collegamento territoriale degli operatori economici, ferma restando l'esigenza, per l'amministrazione aggiudicatrice, di evidenziare una valida ragione d'interesse pubblico, da verificare caso per caso, sulla base di un adeguato onere motivazionale.

GIOIA SCALA

La localizzazione come forma di adattamento linguistico-culturale

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione del concetto di localizzazione: dal campo economico al campo traduttologico. – 3. Le caratteristiche dei testi in Rete. – 4. La componente culturale e il modello GILT. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il presente lavoro si orienterà verso la ricostruzione del concetto di “localizzazione”. Sviluppato inizialmente in campo economico, successivamente si è esteso anche in ambito traduttologico; qui, il concetto in esame sottolinea la differenza etnica e culturale dei mercati, e quindi degli utenti, al fine di soddisfare la domanda internazionale; al contempo, esso si propone di “differenziare” l’offerta, e tutte le sue componenti trasversali, attraverso alcuni adattamenti linguistico-culturali che si rivelano essenziali per la comprensione dei testi in rete da parte dell’utente finale, naturalmente immerso nella propria cultura.

La localizzazione, dunque, è un concetto che nasce nel campo dell’economia per definire il processo attraverso il quale un prodotto si adatta ad un mercato differente da quello per cui viene sviluppato originariamente. Nella situazione odierna, in cui i mercati diventano ogni giorno più globalizzati e mirano ad ottenere una clientela internazionale, potrebbe sembrare efficace adottare strategie che puntino all’aumento quantitativo della produzione per aumentare i profitti; tuttavia, il mercato non è unico: al contrario, esso si differenzia in tanti mercati diversi tra loro perché gli utenti, e con loro gusti ed esigenze specifiche, variano a seconda della cultura di appartenenza.

In un’ottica di questo tipo, l’approccio corretto da adottare consiste nella pratica della localizzazione, in altre parole, rendere il prodotto “locale” per far sì che esso venga accettato dalla cultura in cui

viene introdotto per la prima volta, e pertanto non respinto poiché percepito come culturalmente estraneo. Come notavamo in precedenza, la localizzazione – oltre ad essere intesa in senso strettamente economico –, a partire dagli anni Ottanta del XX secolo inizia ad allargare il suo campo di applicazione a quello della traduzione, e inizia, perciò, ad essere definita anche come traduzione di testi immessi nella Rete per raggiungere mercati locali attraverso l'adattamento linguistico-culturale.

Un progetto di localizzazione ha bisogno di svilupparsi congiuntamente alla campagna di *marketing* che si decide di mettere in atto per il lancio di quel determinato prodotto o servizio nel mercato di destinazione. È fondamentale analizzare, quindi, il mercato e, con esso, anche l'utente *target*, quindi le sue aspettative, le sue esigenze, la sua cultura. Ciò permette di decidere, in base alle conclusioni raggiunte, quali siano gli adattamenti necessari per rendere il prodotto più interessante e culturalmente pertinente.

Un traduttore-localizzatore, per essere tale, deve possedere un'ampia gamma di competenze che non si limitano a quelle della traduzione *stricto sensu*: il "localizzatore" ha bisogno, infatti, di comprendere il funzionamento delle tattiche di *web marketing* per essere in grado di capirne la rilevanza e trasferirle nel testo tradotto, adattandole alla cultura di arrivo senza perdere la forza comunicativa; ha bisogno di conoscere i linguaggi tecnici e i codici attraverso cui vengono creati i siti *web*.

Lo scopo di questo elaborato consiste, quindi, nell'analisi delle diverse componenti di un progetto di localizzazione inteso come traduzione di un testo in Rete, mettendo in risalto la componente etnica e culturale, con tutto ciò che ne consegue in termini di rilevanza testuale e semantica.

2. *L'evoluzione del concetto di localizzazione: dal campo economico al campo traduttologico*

È noto che, a partire dagli anni Ottanta¹ e fino ad arrivare agli anni 2000, il *web* abbia avuto nel tempo un'evoluzione di tipo 'di-

¹ Le prime forme di localizzazione risalgono agli anni Ottanta del XX secolo in campo informatico. Alcune industrie ebbero l'intuizione di capire che traducendo

namico', approdata oggi al "web 2.0" caratterizzato da interazione, condivisione e partecipazione. Se in precedenza, con il *web 1.0*, la natura dei siti internet era di tipo statico, cioè prevedeva una navigazione "passiva", a partire dagli anni Novanta gli utenti diventano attori di una comunicazione partecipativa grazie alla quale usufruiscono in tempo reale dei contenuti, al contempo fornendo il loro contributo nella diffusione dei medesimi, che a loro volta diventano a mano a mano più accessibili². La Rete, dunque, è diventata nel tempo uno degli ambiti in cui la necessità – e quindi la richiesta – di traduzione è cresciuta in maniera più evidente³. In questo campo diventa, di conseguenza, determinante il ruolo della localizzazione intesa come traduzione di testi che vengono immessi nella Rete per raggiungere mercati locali altamente diversificati.

Partendo dall'assunto che un progetto di localizzazione vada sviluppato in un'ottica collaborativa che preveda una certa corrispondenza con la strategia di *marketing* scelta per il lancio del prodotto o del brand, è possibile stabilire differenti tipologie e gradi di localizzazione di un testo in relazione al prodotto da tradurre⁴, al mercato in cui esso si andrà ad inserire e alla politica linguistica e culturale che si sceglie di adottare. È possibile, quindi, localizzare il testo in questione secondo un 'grado' scalare di localizzazione – tra questi: *standardized*, *semi-localized*, *localized*, *highly localized*, *culturally customized*⁵ – a seconda

i propri *software* avrebbero allargato il mercato di riferimento, non limitandosi più solo ai parlanti di una sola lingua ma creando versioni plurilingue dello stesso prodotto che permettevano di rivolgersi all'utente nella propria lingua madre, incrementando nettamente le vendite e il profitto.

² L'utente diventa *prosumer*, ovvero produttore e allo stesso tempo consumatore.

³ La diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, il passaggio dall'utente al *prosumer* e il conseguente tempo libero legato sempre più all'uso di internet, l'informazione che attraverso questo strumento fornisce aggiornamenti in tempo reale, fino ad arrivare all'evoluzione della modalità di formazione, che ha introdotto l'*e-learning*, sono tutti fattori che hanno creato una domanda in continua crescita per la fruizione dei messaggi *online*.

⁴ Con l'avvento delle nuove tecnologie, l'area d'applicazione della localizzazione si è ampliata fino ad includere, oltre ai siti *web*, videogiochi, *smartphone*, app per dispositivi mobili.

⁵ N. Singh, A. Pereira, *The culturally customized Web Site, Customizing Web Sites for the Global Marketplace*, Burlington MA, Butterworth Heinemann, USA: Elsevier, 2005, pp. 10-17.

del quale si mettono (o meno) in atto interventi di ciò che viene tradizionalmente definita come “traduzione” dando vita a siti *web* monolingue, bilingue e multilingue, uscendo da una visione monoculturale ed etnocentrica. All’interno di queste tipologie ben definite, esistono anche alcuni stadi intermedi che tendono a mescolare le modalità tra di loro. Una delle più frequenti consiste, ad esempio, nella traduzione linguistica delle informazioni generali presenti sull’interfaccia e quindi di maggiore interesse per gli utenti, lasciando invariate le informazioni tecniche poiché rivolte solamente agli esperti del settore in questione.

Qui è bene considerare che, come ogni in tipo di traduzione, non è possibile prescindere dall’elemento culturale, oltre che da quello linguistico: in altre parole, ciò che distingue i differenti gradi di localizzazione è la misura entro la quale il testo di partenza viene adattato; di conseguenza, ciò determina la misura di assorbimento di quest’ultimo nella cultura d’arrivo. In un campo come quello del *marketing* digitale, ad esempio, in cui la familiarità che si instaura con l’utente determina il successo stesso del sito, e di conseguenza dell’azienda, diventa essenziale fornire al potenziale consumatore un’esperienza quanto più spontanea, immediata e comprensibile affinché egli possa compiere delle “conversioni”⁶.

Non si vede infatti nella propria lingua, ma nella lingua dei clienti. Paradossalmente, quindi, proprio Internet, che sembrava destinato a trasformare il mondo in un unico villaggio globale, permette oggi grazie alla localizzazione di raggiungere i singoli mercati attraverso messaggi mirati linguisticamente e culturalmente⁷.

Ai suoi albori, la localizzazione era incentrata soprattutto su prodotti software e siti *web*. Tuttavia, con l’avvento di nuove tecnologie, l’ambito della localizzazione si è allargato ad altri prodotti come vi-

⁶ «Il termine “conversione” si riferisce alla capacità che un sito ha di convertire un utente in cliente o un visitatore in un visitatore affezionato. Si potrebbero definire “conversioni” tutte le attività che gli utenti effettuano sul sito e che i gestori del sito ritengono interessanti, di valore e misurabili con indicatori analitici. Si tratta dunque di un parametro, un indicatore del successo del sito». *Social Media Marketing, manuale di comunicazione aziendale 2.0*, Guido Di Fraia (a cura di), *op. cit.*, p. 279.

⁷ P. Diadori, *Teoria e tecnica della traduzione, Strategie, testi e contesti*, Mondadori Education, Milano, 2012, p. 270.

deogiochi, smartphone e app per dispositivi mobili⁸ che presentano caratteristiche comuni come la natura digitale e interattiva dei testi, la loro visualizzazione su schermo e la collaborazione necessaria tra traduttori-localizzatori e sviluppatori per raggiungere un prodotto finale adeguato, funzionante ed efficace dal punto di vista comunicativo. Esistono, tuttavia, differenze legate alla segmentazione del testo, al linguaggio di programmazione e ai tipi e generi testuali che rendono il processo di localizzazione differente a seconda dell'oggetto.

3. Le caratteristiche dei testi in Rete

Il sito *web* è il primo “luogo” *online* che l'utente visita nel momento in cui cerca informazioni in merito ad un prodotto o servizio, o anche sul *brand* stesso – motivo per cui la scelta della *landing page*⁹ di un sito aziendale è determinante. Per trarre profitto da una campagna di *marketing* bisogna generare conversioni e azioni concrete da parte dei clienti; per ottenere ciò, la pagina di “atterraggio” deve essere creata in funzione della campagna pubblicitaria dato che l'utente la raggiunge dopo aver cliccato su uno dei risultati fornitigli dalla SERP¹⁰ o su un annuncio pubblicitario. La funzione principale è, quindi, quella di condurre l'internauta all'interno del sito e offrirgli indicazioni specifiche sui servizi cui era interessato, per convincerlo ad effettuare un acquisto vero e proprio, ed effettuando, in questo modo, il passaggio da utente-potenziale acquirente a consumatore. I visitatori dei siti tendono a dare una lettura veloce alle pagine *web* per controllare se contengono informazioni utili o meno; di conseguenza, i paragrafi devono essere brevi, concisi, chiari e scorrevoli per adeguarsi a queste necessità di immediatezza di fruizione, proprie del lettore in Internet¹¹. Per la stessa ragione, il testo dovrà contenere parole

⁸ Jiménez-Crespo identifica le seguenti categorie: *Web localization*, *Videogame localization*, *Software localization*, *Small device localization* e *Multimedia localization* (2003).

⁹ Pagina di atterraggio del sito *web*, ossia la prima pagina che l'utente visualizza.

¹⁰ Acronimo di *Search Engine Result Page*.

¹¹ M.A. Jiménez-Crespo, *Localization and writing for a new medium: a review of digital style guides*, «Revista Tradumàtica - Traducció i Technologies de la Informació i la Comunicació», n. 8 «Localització i web», 2010, p. 1.

e concetti chiave evidenziati, in modo da fornire un aiuto nella ricerca delle informazioni necessarie. Per essere efficace, quindi, una buona *landing page* e un buon sito utilizzano un linguaggio orientato all'azione e parole chiave coerenti con l'argomento trattato, comunicano in modo chiaro, indirizzandosi direttamente al lettore per porre l'attenzione su di esso, forniscono una lettura facilitata grazie alla cura di tutti i dettagli legati al *font* (elenchi puntati, grassetto, colori, icone).

Al fine di catturare l'attenzione dell'utente-lettore, si predilige un modello di scrittura, frequentemente utilizzato nel giornalismo, che consiste nello spostamento delle conclusioni al principio, in modo da presentare l'argomento principale del testo nel modo più immediato possibile: «Because web users don't take the time to read through a lot of material, it is important to start each page with the conclusion. Present the most important material up front, using the so-called inverted pyramid principle»¹². Una piramide rovesciata che si fonda sull'immediatezza: si inizia dalla base, ossia dalle conclusioni, per poi successivamente scendere nei dettagli, utilizzando uno stile discorsivo e diretto. Si può parlare quindi di un'oralità scritta, ricca di espressioni comuni, semplice e immediata.

Sulla base di questi presupposti possiamo, quindi, dedurre che nella localizzazione di siti *web*, su cui ci si concentra in questo lavoro, la dimensione linguistico-culturale e quella tecnologica sono interconnesse: in altre parole, non è possibile portare avanti un progetto di localizzazione efficace senza considerare non solo la composizione del testo e del cotesto ma anche il suo scopo comunicativo. Ne consegue che, di frequente, il traduttore di siti *web* si ritrova a dover intervenire sulla struttura interna del sito o sull'interfaccia utente, di cui abbiamo appena messo in evidenza le principali caratteristiche in un'ottica orientata al *web marketing*, poiché esse incidono sulla sua "usabilità"¹³. Questo è un concetto chiave nella progettazione dei siti internet

¹² J. Nielsen, *Designing web usability: the practice of simplicity*, New Riders, Indianapolis, 2000, p. 111.

¹³ L'usabilità, strumento strategico dello *user centered design* (progettazione dell'interfaccia *web* orientata all'utente in tutti i suoi aspetti), ha come scopo quello di misurare il grado in cui un utente riesce a raggiungere i propri obiettivi *online*, comprendendo quali sono i problemi riscontrati e proponendo delle soluzioni a questi ultimi. Quest'analisi viene condotta mediante dei test di usabilità, nei quali si re-

e designa intuitività e facilità d'uso da parte dell'utente, oltre a requisiti fondamentali di navigabilità, utilità attesa, completezza dei contenuti, comprensibilità delle informazioni, efficacia comunicativa e attrattività grafica¹⁴ cui non si può prescindere, anche nel sito localizzato.

Dal punto di vista tecnico della creazione e, allo stesso modo, della traduzione-localizzazione di un sito *web*, per rendere utile l'analisi di usabilità bisogna affiancare ad essa una "disciplina" che si occupa di analizzare, comprendere e misurare il traffico dei siti *web* attraverso l'uso delle nuove tecnologie, la *web analytics*. Il fine ultimo è quello di migliorare l'interazione tra utenti e *web*, grazie ad un'accurata raccolta di dati che aiutino a rispondere ad interrogativi ben precisi. L'analisi delle visite, vale a dire di tutte le interazioni che l'utente effettua con il sito *web* (l'arrivo sul sito e tutte le pagine visitate successivamente), e della loro durata che viene determinata dalla durata della sessione, ovvero dall'intervallo di tempo durante il quale l'utente rimane connesso ad internet costituiscono le componenti principali di questo processo di monitoraggio. *Web analytics* e usabilità sono quindi due aspetti dell'analisi del comportamento degli utenti che si completano a vicenda e contribuiscono all'elaborazione di un sito internet che sia quanto più possibile focalizzato sul cliente, al fine di conoscerlo meglio ed essere in grado di offrirgli ciò di cui ha bisogno, generando così un aumento del numero delle conversioni e del profitto aziendale, e di cui si ha bisogno anche per la localizzazione. «Comprendere cosa fa l'utente in tutta la sua complessità (*web analytics*) e scoprire perché lo fa (usabilità) è l'approccio più potente ed efficace per migliorare le performance di qualunque sito *web*»¹⁵.

È evidente, quindi, che la figura del localizzatore, oltre a possedere le competenze tipiche del traduttore, deve essere in grado di rico-

clutano persone individuate dagli esperti di *marketing* come *target* di riferimento per l'azienda e si valutano i loro comportamenti nel momento di interazione con il sito internet in questione: «le interfacce funzionano nel momento in cui l'utente riesce a raggiungere agevolmente gli obiettivi di interazione previsti». G. de Fraia (a cura di), *Social Media Marketing, manuale di comunicazione aziendale 2.0.*, Ulrico Hoepli Editore, Milano, 2011, pp. 243-244.

¹⁴ Cfr. M. Visciola, *Usabilità dei siti Web*, Apogeo, Milano, 2000.

¹⁵ J. Nielsen, *Designing web usability: the practice of simplicity*, New Riders, Indianapolis, 2000, p. 243.

noscere, analizzare e riprodurre nella lingua di arrivo l'usabilità della pagina *web* e le strategie di *web marketing* messe in atto nel testo d'origine, padroneggiando l'utilizzo degli strumenti digitali ausiliari, i *CAT*¹⁶ *tools*, per raggiungere quel senso di "naturalzza" e spontaneità che il lettore ricerca nel testo.

Le potenzialità dei testi in Rete sono: in primo luogo, la capacità di combinare messaggi scritti, sonori e visivi, quindi di comunicare sia in sincrono che in differita; ciò consiste in una vera e propria variazione diamesica, in cui la lingua è trasmessa e allo stesso tempo si adatta al canale comunicativo in questione; in secondo luogo, l'ipertestualità, vale a dire la possibilità, per l'utente, di seguire un proprio percorso all'interno del sito senza vincoli di alcun tipo che gli permette di decidere di compiere, o meno, tutti gli approfondimenti desiderati; costituiscono una ricchezza ma anche una difficoltà per il localizzatore che può ovviare alcuni dei problemi tradizionali di traduzione legati ai riferimenti marcati culturalmente, al fine di preservare la corretta trasmissione del messaggio, attraverso delle soluzioni di natura tecnica, le quali, però, impongono al localizzatore, oltre alla competenza linguistica, sufficienti competenze informatiche.

4. *La componente culturale e il modello GILT*

Dal punto di vista traduttivo, i *cultural markers* contenuti all'interno di un testo – orientamento del contenuto, modelli di navigazione, frasi idiomatiche, colori, simboli ed icone – sono elementi di notevole rilevanza ai quali bisogna applicare, congiuntamente alla traduzione linguistica¹⁷, adattamenti di tipo culturale a causa della loro incidenza sul modo in cui le informazioni vengono percepite dagli utenti, e quindi sulla stessa *usability* del sito *web* e sull'efficacia comunicativa. Se ci si limita ad effettuare il passaggio da una lingua di partenza ad una lingua di arrivo, riducendo la traduzione ad una dimensione esclusivamente linguistica, senza rispettare ed adattare le differenze culturali, estremamente frequenti, si rischia di rendere il

¹⁶ *Computer Assisted Translation*

¹⁷ N. Singh, A. Pereira, *The culturally...*, cit.

messaggio inefficace per il mercato *target*, sebbene in origine efficace per il destinatario primario, ma soprattutto incomprensibile.

Sulla base di queste considerazioni, è possibile quindi affermare che durante la progettazione o la localizzazione di un sito, tutti gli elementi contenuti al suo interno devono essere pensati, presentati e strutturati secondo le caratteristiche della cultura di arrivo, tenendo conto delle differenze culturali che caratterizzano il pubblico destinatario. Leggiamo sul punto:

Each country, region, state or even province has individual, distinguishable language, humour, jargon, colloquialisms, slang, gestures, images, names, sounds, fashion, religion, values, symbols, animals, history, education, law, colour sense and sensitivity, political correctness, etiquette, etc. To simply 'translate' a text from one language into another without respecting and adapting these cultural and linguistic differences, would render its message ineffective to the targeted market¹⁸.

Supponendo, quindi, il rispetto delle norme relative all'adattamento tecnico in base al peculiare formato del testo, le questioni legate alla lingua e alla cultura di arrivo passano in primo piano perché funzionali alla comprensione in quanto portatrici di quei valori, usi e costumi che costituiscono il *mindset* del lettore¹⁹.

A partire dagli anni Novanta, appurata la rilevanza della componente culturale, si inizia a realizzare l'intero progetto di *marketing* in un'ottica neutrale, creando dapprima un piano internazionale che solo successivamente viene localizzato nei mercati in cui si decide di operare. La localizzazione viene, quindi, concepita in un'ottica collaborativa: essa non è un processo a sé stante, bensì fa parte di un più grande modello di collaborazione costituito da più fasi interdipendenti tra loro²⁰ e che, quindi, può essere compresa solo se in relazione

¹⁸ M. De Bortoli, J. Maroto, *Colors across culture: Translating colors in interactive marketing communications*, in R. Russow, D. Barbereau, in the Proceedings of the European Languages and the Implementation of Communication and Information Technologies (Elicit) conference, UK, Paisley University Language Press, 2001, p. 6.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ K.J. Dunne (a cura di), *Perspectives on localization*, John Benjamins, Amsterdam, 2006.

a queste ultime. Queste fasi di globalizzazione, internazionalizzazione e traduzione, che, insieme alla localizzazione stessa, costituiscono il modello GILT, se operate congiuntamente, consentono una efficace localizzazione dei singoli prodotti digitali garantendo, quindi, il processo globale di localizzazione²¹.

Il concetto di globalizzazione, in relazione all'ambito della localizzazione e dell'adattamento socioculturale, si definisce come un processo ciclico che non solo crea le condizioni adatte per la localizzazione, ma che continua a funzionare anche in fase di distribuzione del prodotto e di assistenza multilingue al cliente. Esso ingloba le fasi di localizzazione ed internazionalizzazione con lo scopo di introdurre l'azienda nel mercato globale in modo effettivo e di rendere i suoi prodotti utilizzabili e diffondibili nei mercati di destinazione.

Quanto all'internazionalizzazione, essa ha come scopo la creazione delle condizioni preliminari agli interventi di localizzazione attraverso l'eliminazione di qualsiasi riferimento culturale, ideologico, religioso o etico troppo specifico dal prodotto, in modo da evitare qualsiasi incomprensione da parte del *target* locale; non limitandosi al solo testo ma prendendo in considerazione anche gli elementi visivi di un prodotto, i quali sono strettamente connessi alla cultura di riferimento. Il risultato è un prodotto privo di quelle componenti culturali profondamente radicate in una cultura (pertanto difficili da "rendere" in altre lingue) allo scopo di semplificare la successiva fase di localizzazione e adattamento. Infatti, se applicata correttamente, questa fase riduce notevolmente i costi in termini di tempo e di risorse soprattutto nel caso di traduzioni multilingue.

Il momento successivo, consiste nel processo di localizzazione e traduzione che, come già evidenziato, è caratterizzato da una notevole complessità dovuta ai vari livelli a cui esso avviene:

Whether it concerns a software application, an audiovisual product, or a multilingual project, localization always takes place at three levels. At the translation level, textual material and text strings are translated, and these are then re-engineered at the technological level. The third level involves cultural preferences. This also involves computing skills:

²¹ Cfr. *Perspectives on localization*, K. J. Dunne (a cura di), John Benjamins, Amsterdam, 2006.

a localizer has to know which graphic elements, font size, and font type are applicable to a specific target locale, but also has to be able to apply the skills appropriately on a technological level [...]»²².

Nei piccoli progetti, spesso, la sola figura del localizzatore si trova a dover operare su tutti i livelli, occupandosi anche dell'integrazione della versione tradotta dei testi all'interno dell'architettura del sito, quindi intervenendo sia sul mezzo che sul codice. Di conseguenza, come anticipato, egli dovrà disporre di competenze tecniche e informatiche adeguate che implicino la padronanza dei linguaggi HTML, XML, XSL e di alcuni dei *software* principali per la creazione dei siti *web*. È possibile, tuttavia, avvalersi di un elevato numero di strumenti elettronici progettati per facilitare il lavoro di traduzione e diminuire i tempi senza penalizzare la qualità del lavoro, scelti in base alle dimensioni del progetto, le preferenze del localizzatore e delle figure coinvolte. Attraverso questi strumenti, è possibile sfruttare il materiale tradotto in precedenza tramite delle memorie di traduzione, migliorare la gestione del progetto e ridurre errori di tipo tecnico.

Diversamente, nei progetti di portata maggiore, al fine di rispettare la complessità di questo tipo di traduzione, intervengono diverse figure professionali con diversi percorsi formativi e competenze, di tipo linguistico, tecnico e gestionale, che si occupano, in maniera coesa, dei diversi ambiti in cui bisogna intervenire. Per gli interventi linguistico-culturali, è possibile individuare localizzatori e traduttori, revisori, *language specialists* e terminologi; per gli interventi di natura tecnica, specialisti DTP, *localization engineers*, sistemisti, tutti coordinati da un *project manager*, responsabile dell'intero progetto di localizzazione²³.

²² C. Declercq, *Advertising and Localization*, in K. Malmkjær, K. Windl (a cura di), *The Oxford Handbook of Translation Studies*, Oxford University Press Inc., New York, 2011, p. 2.

²³ A. Di Pofi, A. Giannetti, L. Muzii, A. Muzzi, G. Nuzzolese, F. Vinci (a cura di), *Introduzione alla localizzazione*, in «Il Traduttore Nuovo», n. 2002/2, Vol. 58, Associazione Italiana Traduttori e Interpreti.

5. Conclusioni

Questo approfondimento sulle tecniche di localizzazione ha avuto l'obiettivo di fornire una visione di insieme di questa tipologia di traduzione e del contesto in cui essa si inserisce, prendendo in esame dimensioni di analisi differenti ma fondamentali per la ricostruzione del nostro tema. Tra queste, alcuni brevi cenni sull'evoluzione di Internet; le caratteristiche principali della struttura dei siti *web*; le teorie fondamentali del *web marketing* (comprendenti l'analisi e lo studio del comportamento dell'utente-cliente e il modo in cui catturare la sua attenzione sfruttando gli strumenti informatici); la localizzazione intesa come adattamento iniziale di un prodotto per un mercato estero, e solo successivamente e conseguentemente come traduzione di testi in Rete volti all'inserimento di un prodotto o servizio in un mercato diverso da quello di origine – con particolare attenzione all'ampia gamma di competenze richieste al traduttore-localizzatore; gli adattamenti culturali necessari per preservare il contenuto del messaggio originario e trasferirlo, sebbene diverso nella forma, al lettore destinatario con lo scopo che esso risulti, per quest'ultimo, quanto più autentico e spontaneo possibile.

Alla luce di queste osservazioni, è stato possibile mettere in evidenza la natura complessa del processo di localizzazione e lo stretto legame esistente tra la traduzione per la Rete e l'appartenenza etnica e culturale del lettore cui si rivolge, con il pericolo connesso di creare incomprensioni anche laddove, sul piano strettamente linguistico, la traduzione, intesa come passaggio da una lingua di partenza ad una lingua d'arrivo, sia effettuata correttamente. A tal proposito è bene evidenziare che, in questo caso, l'attenzione si è posta sui testi in Rete e sulla localizzazione poiché si è ritenuto un argomento di particolare interesse per future ricerche; tuttavia, è bene anche rimarcare che ogni tipo di traduzione, in realtà, non si può definire tale laddove non si mettano in atto degli adattamenti di tipo culturale capaci di riprodurre nella lingua d'arrivo gli elementi "marcati culturalmente" del testo di partenza.

GIUSEPPE MASCHERETTI

Dalla subalternità alla predominanza sull'uomo Note sulle origini e gli sviluppi della tecnica

Nata come “sapere pratico”, la tecnica attraversa i secoli insieme all'essere umano, legando il suo sviluppo alla capacità (e possibilità) di sopravvivenza di quest'ultimo. Così, gli esseri umani utilizzano, grazie al loro ingegno, la tecnica per controllare la natura e per ottimizzare al meglio le risorse che da essa provengono; ma, come appena anticipato, proprio lo sviluppo delle società in cui gli umani vivono consente anche lo sviluppo della tecnica e degli strumenti tecnici, delle loro funzionalità, e di conseguenza del loro raggio d'azione.

Dalle società primordiali a quelle più avanzate, la tecnica compie un salto in avanti fondamentale, passando nel tempo dall'essere un sapere prettamente pratico ad essere un sapere “scientifico”, ossia complesso, verificabile e riproducibile. La complessità delle società moderne ha determinato, infatti, il proliferare di numerosi campi del sapere nell'ottica di una specializzazione sempre più alta, portando la “tecnica” (complessivamente intesa) ad essere un elemento essenziale per i meccanismi alla base dello sviluppo delle società. Affiancata dallo sviluppo tecnologico, la tecnica ha assunto un potere enorme, passando da una condizione di subalternità a una condizione di quasi-predominanza sull'uomo, che – presumibilmente – farà sempre più difficoltà a controllarne gli effetti in futuro.

In questo senso, è importante notare che la tecnica che si trasforma in sapere scientifico penetra in ogni ambito della società, e si affaccia ad un sapere ormai non più solo pratico ma anche altamente teorico; soprattutto, ciò avviene nella dimensione che più di ogni altra tiene insieme le diverse componenti della società: quella politica. In questo senso, in particolare il termine “tecnocrazia”, etimologicamente composto dalle parole greche *τεχνη* (tecne = arte o tecnica) e *κράτος* (cratos = potere), indica proprio il potere della tecnica. Questo concetto fu introdotto per la prima volta nell'opera *Riorganizzazione*

della Società europea del 1814. In quest'opera venne teorizzato l'utilizzo delle scienze per superare l'approccio classico dei governi alla risoluzione di problematiche di ordine sociale¹. Tuttavia, solo un secolo più tardi il termine "tecnocrazia" assunse i connotati lessicali più vicini al significato che noi oggi gli attribuiamo: l'ingegnere Howard Scott² attribuì a questo concetto il significato di «sistema di governo basato su decisioni prese da tecnici». Non è un caso, infatti, che fu proprio un ingegnere ad attribuire alla tecnica la possibilità di governare i processi attraverso la politica, o per meglio dire, l'arte di governo. Per comprendere questo passaggio storico è necessario compiere un leggero passo indietro e chiarire come l'utilizzo della tecnica e del sapere tecnico sia diventato nei secoli sempre più importante all'interno delle società. La tecnica, com'è noto, è servita fin dalle origini alla sopravvivenza dell'uomo, che ha cercato di svilupparla e utilizzarne il potenziale in rapporto con la natura, ma senza alterarne mai le caratteristiche. Da sempre, infatti, l'uomo ha ideato e fabbricato utensili per il lavoro e per rendere meno ostile il mondo intorno a lui. Tuttavia, l'intervento sulla natura è diventato gradualmente sempre più incisivo nel momento in cui l'uomo ha compreso che malattie, necessità sociali, povertà o benessere potevano essere modellati grazie all'utilizzo della tecnica. Il legame atavico con la tecnica, dunque, era solo una premessa per esaltarne la ragione strumentale, che presto avrebbe lasciato spazio soltanto alla relazione col mondo circostante che impone limiti, ritmi e opportunità.

L'utilizzo della tecnica si è reso quindi indispensabile per raggiungere diversi fini sociali; eppure, il pericolo è che si trasformi essa stessa nello "scopo ultimo" dell'attività umana. In sostanza, lo scenario in cui ci troviamo oggi, ossia quello di un mondo caratterizzato dal fatto che l'essere umano è materia plasmabile, sostanza in continua evoluzione, e la tecnica la massima espressione del progresso scientifico che fagocita ogni istanza di "proiezione superiore". Una relazione solo apparentemente simmetrica in cui l'uomo crede di poter utilizzare la tecnica per appagare i suoi bisogni grazie ad una velo-

¹ F. Antonelli, *Tecnocrazia e democrazia. L'egemonia al tempo della società digitale*, L'asino d'oro edizioni, Roma, 2019, p. 24

² Howard Scott (1° aprile 1890 - 1° gennaio 1970) è stato un ingegnere statunitense e fondatore del movimento tecnocratico.

ce crescita dello sviluppo tecnico-scientifico, ma è proprio a causa dei rapidi cambiamenti che egli continua solo a rincorrerli senza essere mai soddisfatto.

Il problema, dunque, non è il rapporto tra uomo, tecnica e natura, – perché l'uomo può stare al mondo solo con l'utilizzo di utensili e dispositivi di vario genere – ma le potenzialità dello “strumento tecnico”, divenute ora smisurate. In una società pienamente “tecnicizzata” come quella attuale, la tecnica non è più neutra, perché una volta estesa a tutta la società (nel suo pieno potenziale) diventa “protagonista”, e incide tanto sul vivere quotidiano quanto sull'ambiente. In altre parole, passa dall'essere oggetto/mezzo all'essere un fine. In altre parole, e nonostante sia un prodotto dell'uomo, grazie all'“elemento tecnologico” la tecnica diventa fattore regolativo dell'esistenza sociale in ogni ambito della nostra società. Le potenzialità negative, tuttavia, non possono rimuovere quanto di positivo ci sia stato per l'uomo nell'utilizzo della tecnica e degli strumenti tecnici; grazie ad essi l'uomo ha superato col tempo enormi limiti fisici e biologici. La specie umana si sarebbe estinta se non fosse stata capace di adattarsi e trasformare l'ambiente circostante secondo le proprie necessità fin dall'uomo preistorico.

La tecnica è dunque forma e sostanza dell'umanità, eppure è difficile non cogliere la sua portata onnipervasiva che va ben oltre i limiti della sua fruizione. In tal senso, ad esempio, la concezione del mondo legata al mercato e all'economia che si è imposta negli ultimi decenni è un campo in cui la tecnica è presente in maniera particolarmente significativa, perché quest'ultima, come già ribadito, pervade in maniera intrusiva ogni ambito della vita e incide sulla nostra capacità di orientarci nel mondo, di compiere delle scelte o di fare delle rinunce. Da qui ne deriva spesso l'utilizzo spregiudicato, che se nel passato non andava mai ad infrangere l'armonia con la natura (fatta di precisi rapporti di forza), oggi invece testimonia l'esatto contrario, con quest'ultima – la natura – che viene sottomessa all'uomo in un rapporto di subalternità. In altre parole, lo sviluppo tecnologico ha senz'altro risolto una lunga serie di problemi nei quali l'umanità è rimasta bloccata per secoli, ma il suo utilizzo portato alle estreme conseguenze non consente più all'uomo di valutare pienamente ciò che è ragionevole e ciò che non lo è.

Una conseguenza di ciò è che la rapidità con la quale il progresso

tecnologico fa muovere il mondo impone repentini cambiamenti in tutti i campi del sapere, dalla medicina alla genetica, che non a caso sono quelli che più possono intaccare l'umano nella sua essenza più profonda e mutarne in modo fondamentale la natura. Questi cambiamenti impongono una seria riflessione sulle conseguenze che possono causare, dal momento che non sono dei semplici "passaggi" ma veri e propri cambi di paradigma. A tal proposito, la risposta non è sempre univoca; ad esempio, alcuni ritengono che intensificare la partecipazione politica e incrementare gli spazi del dibattito pubblico possano essere una soluzione, mentre altri affermano che il contenimento della tecnica in ogni ambito debba passare per un movimento di conservazione, di matrice ambientalista, che abbia come obiettivo la difesa del pianeta. Una sorta di "etica del limite" che permetterebbe di mantenere equilibrato il rapporto tra uomo e natura senza danneggiare quest'ultima, anzi salvaguardandola e agendo nel nome del principio della prevenzione³.

La tecnica non è rappresentata più solo dalla macchina, ma diventa essa stessa "sistema". Per questo motivo non bisogna focalizzarsi soltanto sugli oggetti "figli" del sapere tecnico, ma anche sulle creazioni immateriali che modificano il rapporto tra l'uomo e il mondo. L'interrogativo più importante riguarda proprio i limiti del dispiegamento della potenza tecnica, perché per la sua pervasività e per l'influenza che ha sulla vita dell'uomo è difficile capire se l'utilità e la funzionalità di alcune scoperte verrebbero sacrificate in nome dell'etica. Ancora più complicato è provare a comprendere quali spazi di autonomia avrà l'uomo quando il grado di sviluppo del progresso tecnologico sarà pieno ed assoluto, ciò peraltro anche alla luce della crisi di alcuni campi quali quelli della democrazia e della politica più in generale. Secondo alcuni studiosi, un equilibrio tra ambiente naturale, tecnico e sociale potrà essere raggiunto; costoro, tuttavia, basano le loro ipotesi su presupposti fragili, secondo i quali i processi sociali, ossia le varie interrelazioni tra esseri umani, possano orientare e determinare solo quelle tecnologie (e in generale quegli sviluppi della "tecnica") in grado di rispondere ai "bisogni necessari" di natura individuale o collettiva. Con ciò si affermerebbe un'azione politica

³ L. Iannone, *Critica della ragion tecnica*, Idrovolante edizioni, Roma, 2021, p. 17.

positiva capace di riaffermare il valore di un agire umano responsabile. Questa tesi risulta alquanto ottimistica: basti solo pensare alla potenza incommensurabile con la quale la tecnica si dispiega oggi, per capire che l'uomo è diventato solo un ingranaggio di un meccanismo in cui la tecnica si confonde con la politica e la società. Una presenza costante dal cui controllo nessuno sembra potere sottrarsi.

Vista da un'altra prospettiva, è l'evoluzione storica della tecnica, utilizzata alle origini per la sopravvivenza e per il miglioramento della qualità della vita dell'uomo senza alterare la natura, che oggi viene manipolata. Del resto, è proprio la natura in continua evoluzione della tecnica a rappresentare il problema più incombente, il suo farsi scopo e non più mezzo, il suo essere sempre più incontrollabile. D'altro canto, nessuna società rinuncerebbe ad adottare modelli più evoluti di progresso tecnologico, che potrà rallentare solo a causa di condizioni economiche disagiate o condizioni politiche avverse come avviene in poche aree del pianeta oggi, ma la strada tracciata è questa. Alcuni strumenti tecnici sono dei veri e propri oggetti nei quali si definisce l'orizzonte della tecnica (vedi il treno o il computer), e proprio a causa della loro centralità all'interno dell'organizzazione sociale che la politica potrà fare sempre meno in futuro per limitarli e marginalizzarli. Se a tutto questo aggiungiamo che il modello di capitalismo globale si pone come presupposto culturale irrinunciabile e in sintonia con l'idea di sviluppo progressivo, allora possiamo ben comprendere quanto l'accettazione di questa potenza tecnica goda di un consenso piuttosto generalizzato.

Il rapporto tra uomo, natura e scienza e le varie riflessioni sulla tecnica sono state affrontate a più riprese nel corso degli anni, ma è dal secondo conflitto mondiale in poi che il progresso tecnologico è approdato ai suoi sviluppi più recenti, divenendo incontrollabile e senza scopi prefissati dall'uomo, la cui azione è da sempre atta al dominio e al contenimento di tutte le forze attive in un dato contesto sociopolitico. Un'illusione che resta tale man mano che la tecnica va affinandosi, perché essa adotta e mette in circolo una potenza tale da rendere ogni cosa (compreso l'uomo) materia trasformabile.

Così, diventa poco importante analizzare l'uso che ne facciamo e i suoi effetti, perché già il fatto che ne facciamo uso diventa un fattore decisivo. Basti pensare, facendo un balzo temporale fino ai giorni nostri, all'uso dei messaggi che inviamo dal telefono cellulare e a

quanto possano trasformare il linguaggio e incidere sulle forme delle relazioni interpersonali. La convinzione che i frutti del progresso tecnologico possano sempre sottostare a parametri e confini stabiliti dall'uomo, dal suo libero arbitrio e dalla sua predisposizione culturale e ideologica diventa, quindi, sempre più debole. Probabilmente, saranno molte le convinzioni che cadranno nei prossimi decenni, ma potremmo definirne una cosa fisiologica dal momento in cui siamo i primi a vivere in uno scenario di dispiegamento universale della tecnica, avendo pienamente contezza di quanto ogni paradigma sociale, culturale, politico ed economico stia subendo alterazioni e modificazioni, perché è la prima volta nella storia dell'umanità che la tecnica indirizza in maniera così imponente ogni scelta di carattere sociale, individuale, familiare e religioso. Prima di noi, i grandi pensatori avevano solo immaginato e predetto questi scenari dopo aver vissuto l'industrialismo del primo Novecento, le due guerre mondiali e le scoperte scientifiche applicate al campo militare e poi a tutta la rete industriale e sociale, ma nessuno avrebbe mai immaginato di viverlo realmente come adesso.

Per poter comprendere il perché di un utilizzo sempre più massiccio e specializzato della tecnica bisogna ricordare che l'uomo, nella Storia, ha avuto bisogno di interagire con la natura in maniera diretta, e per farlo si è servito di ogni sorta di artificio, ovvero tentando di avere dei supporti che gli consentissero di gestire e governare la quotidianità e gli imprevisti. Esperienze ed errori hanno sempre fatto parte del patrimonio di conoscenze da cui ha attinto la ragione umana, che si avvale di questi processi selettivi per rendere più potente e utile la tecnica. Quando, infatti, rispetto ad una stessa azione da reiterare, ci si accorge che diversi approcci portano a differenti soluzioni, l'uomo affina quella specifica tecnica capace di soddisfare i suoi bisogni e necessità. Quando poi le tecniche usate e gli errori fatti consentono di scoprire percorsi più semplici e più efficienti, la ragione opta per le soluzioni più convenienti e non per quelle che renderebbero ulteriormente complesso e gravoso lo scenario. In questo contesto, particolarmente importante è l'impulso naturale, l'istinto, che mentre nell'animale è un elemento fondamentale, nell'uomo viene mitigato da una componente razionale critica e analitica. A differenza del passato, dove ogni strumento consentiva la realizzazione solo di alcuni scopi per garantirsi il potere, nel corso del tempo la scienza

ha consentito di amplificarne la potenza facendo in modo che se ne creassero di nuovi e più efficaci. È evidente però che la creazione di strumenti potenti e utili alla gestione del potere sia inutile se non ci fosse un sistema politico, industriale, economico e sanitario che non si riconfigurasse continuamente intorno ad essi. Senza un apparato in grado di utilizzarli, questi strumenti si rivelerebbero inutili giacché nessuno avrebbe necessità di creare nuovi fini – che a loro volta alimentano la potenza dell'apparato. Questo meccanismo diventa funzionale all'interno di una ragion tecnica che giustifica ogni mutazione rendendoci strumenti di un meccanismo, ovvero ingranaggi anonimi e spersonalizzati che garantiscono l'applicabilità delle funzioni⁴.

La tecnica, dunque, è motore di processi pratici ma anche di tendenziali fughe in avanti, e riconfigura il significato e il valore delle azioni. Per questo motivo non ci sarebbe da meravigliarsi se iniziamo a ritenere obsolete alcune dimensioni della socialità, come ad esempio sta avvenendo con la politica. La più alta dimensione dello stare insieme sta venendo sostituita dalla burocrazia. Non dovrebbe suscitare grande stupore neanche lo spaesamento generale legato ad un disfacimento valoriale e culturale causato dalla distruzione delle culture e delle tradizioni per lasciare il posto a quelli che per Heidegger chiamava “i cantieri del nuovo”,⁵ che fanno dell'organizzazione pianificata e della mobilitazione totale il nuovo scopo.

Come mai prima nella storia, le pressoché infinite possibilità tecnologiche hanno una forte influenza sulla collettività perché mosse da un'idea di emancipazione. Ma l'utilizzo della tecnica incontra anche dei limiti, che probabilmente sono legati al fatto che in ogni caso essa ha bisogno sempre di progredire e di migliorarsi. L'affidamento pieno che le società odierne fanno nei confronti della tecnica e del sapere tecnico rischia di far accadere episodi spiacevoli come quello di cui stiamo per parlare, episodi che smascherano anche un'altra natura della ragion tecnica⁶: l'autoreferenzialità. L'episodio in questione riguarda l'eruzione di un vulcano a Eyjafjallajökull, in Islanda, che

⁴ L. Iannone, *op. cit.*, p. 25.

⁵ M. Heidegger, *Lettera sull'Umanismo*, Adelphi, Milano, 1995. Citato in L. Iannone, *op. cit.*, p. 26.

⁶ L. Iannone, *op. cit.*

mandò in tilt il traffico aereo di tutto il nord-Europa⁷. Un vulcano – che poteva trovarsi in un punto qualsiasi della Terra – mise in difficoltà l'intero apparato di controllo, che si regge sull'utilizzo della tecnica portata alle sue massime possibilità grazie ai progressi in campo tecnologico, a dimostrazione del fatto che l'utilizzo "ideologico" del sapere tecnico porta ugualmente l'uomo a non sapere valutare con criteri scientifici la portata degli eventi, e le soluzioni da adottare per una loro risoluzione. Infatti, questa montagna, fino ad allora sconosciuta al resto del pianeta, non causò nessun evento cataclismatico a livello atmosferico, ma solo una fuoriuscita di fumo e lapilli che rese impossibili gli spostamenti e determinò una "no fly zone" su quasi tutto il continente europeo. Interessante è il modo in cui venne deciso il provvedimento restrittivo: non con osservazioni "intuitive" ma con simulazioni fatte al computer. Così, non furono i piloti che sorvolavano quella zona, con l'aiuto di strumenti tecnici, a decidere il grado di pericolosità della fuoriuscita di gas, ma grafici e numeri che si incrociarono in simulazioni informatiche. In quella occasione vennero messe in secondo piano sia l'esperienza dei piloti sia quella degli operatori del settore, lasciando la scena ad algoritmi capaci di svolgere in frazioni di secondo calcoli proibitivi per l'essere umano. Il risultato fu che la circolazione aerea fu paralizzata: solo dopo si scoprì che i computer avevano calcolato una situazione catastrofica oltre ogni misura, quando gli eventuali pericoli avrebbero riguardato soltanto una piccola e circoscritta area.

È naturale pensare che il margine di errore dell'intelligenza artificiale in futuro sarà tendenzialmente prossimo allo zero, ma questo tipo di episodi ci mostrano come sia cambiato l'approccio alle cose e come la risoluzione di alcune problematiche sarà legato sempre di più a processi esterni. Nonostante gli effetti potenzialmente positivi

⁷ L'eruzione dell'Eyjafjöll del 2010 è consistita in una serie di eventi di natura vulcanica verificatisi sul vulcano Eyjafjöll, nella parte meridionale dell'Islanda. Un'attività sismica che si è prodotta a partire dalla fine del 2009 ha preceduto una eruzione vulcanica che è iniziata nella notte del 20 marzo 2010. Un'eruzione successiva del 14 aprile 2010 ha creato seri problemi alla navigazione aerea in Europa, paralizzando completamente il traffico aereo fino al 23 aprile e continuando a causare chiusure a intermittenza degli aeroporti del Nord Europa fino al 9 maggio. L'attività vulcanica ha poi cominciato a diminuire, finché nell'ottobre del 2010 è stata dichiarata conclusa, benché la zona continui ad essere geotermicamente attiva.

di strumenti o sistemi in cui il livello della tecnica è particolarmente elevato, una riflessione sulle derive verso le quali questi ultimi possono portare è doverosa. Affidarsi ad essi con una fiducia "cieca" tradirebbe gli stessi criteri del metodo scientifico, che mette in discussione sé stesso per migliorarsi man mano che ne si presenti l'opportunità. Al contempo, immaginando i campi di applicazione dei suddetti strumenti (pressoché tutti) è inevitabile porre l'attenzione sui limiti della loro applicabilità. Analizzare i fenomeni e predirne gli effetti attraverso la tecnologia oggi significa utilizzare i *big data*, ossia una raccolta massiccia di dati introdotti in algoritmi capaci di elaborarli e analizzarli simultaneamente. In questa direzione, la recente pandemia ci ha insegnato come i *big data* siano indispensabili in molti comparti della sanità pubblica, ma sono di notevole importanza soprattutto per le multinazionali, che li sfruttano per cercare di prevedere cosa accadrà in futuro e per ottimizzare le proposte per l'utenza finale, creando mirate campagne di *marketing*. Anche in questo caso possiamo notare come la tecnica sia sempre più presente nelle nostre vite, ma stavolta nelle vesti di una realtà sempre più perfettibile e manipolabile. Come si è accennato in precedenza, affidarsi ciecamente al mezzo tecnico comporta anche una serie notevole di rischi.

L'illusione che l'esperto lavori per il bene della collettività non rispondendo a logiche differenti potrebbe rivelarsi un'arma a doppio taglio che finirebbe per creare una categoria di livello superiore alla quale ci si affida senza spirito critico nei momenti più complessi. Poiché le tesi scientifiche sono valutabili soltanto da altri scienziati, va da sé che questa operazione non sarà mai neutra e priva di elementi che poco hanno a che fare con la terzietà "scientifica". Le strade, dunque, diventano due: condividere le analisi di cui si serve l'apparato tecnologico, pur non avendone competenza; oppure fare scelte in maniera totalmente irrazionale seguendo l'appartenenza politica o ideologica. Appare chiaro che dietro entrambe le scelte si cela un restringimento del grado di libertà e di elaborazione autonoma del cittadino nonché un calo dell'incisività della sua partecipazione democratica. Non poter comprendere l'impatto delle nuove tecnologie quando agiscono per modificare l'ambiente ha portato ad un clima di remissività, se non proprio di indifferenza. La trasformazione del mezzo tecnico in fine ultimo ha comportato anche un notevole affievolimento della partecipazione democratica (già particolarmente indebolita dalla

mancanza di investimenti culturali da parte dei governi nazionali che, tra l'altro, ne causano il peggioramento della qualità⁸), perché se lo scopo finale diventa quello di creare sempre nuovi orizzonti senza comprendere bene dove si finisca, allora tutto diventa meccanico e fine a sé stesso.

⁸ A. Cesaro, *L'utile idiota. La cultura nel tempo dell'oclocrazia*, Mimesis edizioni, Sesto San Giovanni, 2020, pp. 16-19.

Area Storico-Linguistico-Letteraria

ELVIRA FALIVENE

I ‘preamboli’ delle Costituzioni nella post-dittatura: strutture discorsive dei casi spagnolo e argentino

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La Costituzione Spagnola del 1978 e la Costituzione Argentina del 1994. – 3. Analisi contrastiva dei preamboli delle due Carte Costituzionali.

1. *Considerazioni introduttive*

L’elaborazione di un testo costituzionale, nel periodo successivo alla fine di un sistema autoritario, dovrebbe significare l’instaurazione, o meglio, la promessa e la premessa che nuovi equilibri saranno regolati dai criteri in essa descritti. Si può ipotizzare, dunque, che rappresenti la “conclusione” di quel processo di cambiamento di un regime da non democratico a democratico. Una Costituzione formalmente democritica, è il presupposto in base al quale una società politica si trasforma in una società, appunto, democratica. Attenendoci alla possibile equazione secondo cui l’applicazione/imposizione di un sistema di regole, senza il consenso popolare, è dittatura e la sovranità popolare, con assenza di regole, rimanda al populismo, è conseguenza logica collocare l’ideologia democratica in una posizione di equilibrio tra questi due estremi, nel momento in cui le regole stabilite sono condivise e sostenute dal consenso popolare. Tuttavia, se non è ipotizzabile offrire una descrizione precisa, fissa del concetto di democrazia, perché in costante evoluzione, difficilmente sarà possibile riconoscere identici percorsi in quei processi che definiamo di ‘transazione democratica’. La traiettoria, infatti, è segnata da una serie di passaggi che possono approdare a differenti livelli di democrazia. E non solo. Non è scontato che, una volta avviato, il processo di democratizzazione si compia. Il risultato, probabilmente, può essere dimostrato solo con il consolidarsi delle istituzioni democratiche e può ritenersi completo quando il testo teorico diventa prassi. Quan-

do, cioè, una costituzione ‘formale’ si trasforma in Costituzione ‘sostanziale’. Attraverso l’analisi contrastiva – oggetto di questo studio – di segmenti discorsivi presenti nei ‘preamboli’ della Costituzione Spagnola del 1978 e della Costituzione Argentina del 1994, si intende tracciare un parallelo tra le due ‘narrazioni’ che possa fornire possibili chiavi interpretative relative ai singoli orientamenti dopo la fine delle dittature. In particolare si porrà in rilievo quanto la scelta di un termine o la struttura di una frase, possa rivelare la forza o meno del cambiamento.

Si ritiene necessario ripercorre, seppure sinteticamente, i momenti fondamentali che hanno caratterizzato i delicati processi di *transición*, in Spagna come nei territori latinoamericani.

Con la morte del generale Francisco Franco, nel novembre del 1975, la Spagna, dopo quasi quarant’anni di dittatura, inaugura il processo di democratizzazione del Paese. Va detto che una serie di tensioni e spaccature interne al regime si erano manifestate già nella fase precedente alla morte del dittatore. Una frangia più conservatrice, infatti, tentava di frenare quelle proposte di apertura che venivano avanzate da un blocco, sempre più numeroso, di dirigenti franchisti. La funzione di capo dello stato fu assunta dal Re Juan Carlos che programmò la costruzione di una nuova democrazia incontrando non poche resistenze di una parte dei sostenitori dell’antico sistema. La successiva scelta di promuovere la nomina a primo Ministro di Adolfo Suárez González, mostra la convinzione da parte del re, di affidare il compito di recupero e rinascita del Paese a chi riteneva potesse garantire un percorso moderato, democratico e riformista. Con la *Ley para la Reforma Política* si presenta un primo punto che esalta il principio di sovranità popolare. Stabilire le elezioni generali vuol dire effettuare un’azione concreta per porre fine, irrevocabilmente, al Franchismo. Un’ulteriore, fondamentale svolta verso uno Stato democratico, fu dettata dal progetto di elaborazione di una nuova Costituzione¹.

Prima di affrontare più dettagliatamente la questione argentina, bisogna ricordare che la storia del XX secolo dei territori latinoamericani è stata attraversata da continui cambi di regime, rivoluzioni – di

¹ A questo proposito, per ulteriori approfondimenti si rimanda ai testi, J. Casanova/C. Gil Andrés. *Breve historia de España en el siglo XX*, Grupo Planeta Spain, 2012; G. Hermet, *Storia della Spagna nel Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1999.

cui rilevanti sono quella messicana e quella cubana – l'alternanza tra autoritarismo e tentativi di democratizzazione. Quando negli anni '80 del secolo scorso, il panorama, in quasi tutta la regione, era rappresentato principalmente da instabilità economica, squilibri sociali e logiche assolutistiche, l'esigenza di affermare una idea di democrazia diventa un valore imprescindibile. Questo anche e soprattutto in ragione del fatto che il decennio appena trascorso era stato, nella maggior parte del continente, travolto dagli orrori di atroci dittature che non sempre ripropongono le tradizionali forme di autoritarismo. Ci riferiamo alle cosiddette dittature civili-militari che, benché trovino significativo precedente nel golpe brasiliano del 1964, caratterizzeranno il modello dei totalitarismi degli anni settanta, in particolar modo dei Paesi del cono Sud, il cui ciclo terminerà con la dittatura Argentina del 1976.

L'avvio al processo di cambiamento, sebbene seguendo paradigmi spesso differenti, fu esperienza comune a quasi tutti i Paesi latino-americani e, dunque, non a caso, si parla degli anni delle transizioni alla democrazia. La fragile e complessa fase di democratizzazione fu, però, drammaticamente aggravata dalle difficili contingenze economiche che impedirono qualsiasi forma di sviluppo. Per la conseguenza, inevitabile arretratezza economica e sociale che ne derivò, infatti, gli anni '80 del novecento, vengono ricordati anche come il "decennio perduto"². La fine dei regimi, inoltre, non significò necessariamente l'estraneità dei militari dalla vita politica: «Anche laddove non esistevano emergenze, le Forze Armate fecero sentire la loro presenza in politica, manifestando aperta avversità verso talune decisioni, [...] o attribuendosi una sorta di potere di veto e cercando di ostacolare progetti di riforma»³. La strada della transizione, infatti, nonostante avesse risvegliato l'interesse comune verso le molteplici e incoraggianti sfaccettature contenute nella prospettiva democratica⁴, subì non po-

² Cfr. L. Zanatta, *Storia dell'America Latina contemporanea*, Laterza, Bari, 2010, pp. 191-195.

³ R. Nocera, A. Trento, *America Latina, un secolo di storia*, Carocci, Roma, 2013, p. 200.

⁴ Cfr. A. Boron, *Estado, capitalismo y democracia en America Latina*, Clacso, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, Agosto 2003, p. 227, Disponibile in World Wide Web: www.clacso.org/wwwclacso/espanol/html/libros/estado/estado.html

che ingerenze da parte del corpo militare che riuscì rapidamente, con accordi precisi, a garantirsi innanzitutto l'impunità per i crimini commessi. Del resto,

In nessun caso la transizione alla democrazia seguì vie rivoluzionarie. I militari, insomma, non se ne andarono dal potere perché cacciati. Il che è assai importante per comprendere il grande peso che in molti casi essi conservarono ancora a lungo nel seno dei nuovi regimi democratici. Perfino laddove il loro fallimento fu più evidente, come in Argentina, non fu la pressione popolare a causarne la frettolosa ritirata, bensì le loro insanabili divisioni interne e l'umiliazione cui esposero se stessi ed il paese nella guerra delle Falklands-Malvinas⁵.

Nel caso argentino, l'elezione di Raúl Alfonsín, nel 1983, e quindi l'inizio della transizione, costituisce una netta rottura con il regime precedente. L'orientamento sembra essere tutto rivolto alla difesa e alla rivendicazione dei diritti dell'uomo: «Su campaña tuvo tres pilares fundamentales: investigar y juzgar los crímenes del terrorismo de estado, democratizar las instituciones y en particular los sindicatos, y reactivar rápidamente la economía para recuperar los niveles de empleo y salario»⁶. I fatti, però, dimostrano che sebbene al "ritiro" dei militari sia seguita una crescente affermazione delle forze politiche tradizionali, «In quasi tutti i casi, lo avevano fatto non prima di avere incassato accordi di sostanziale impunità – o di averne provocato l'approvazione anche in seguito al ritorno alla democrazia, come in Argentina – per i crimini commessi durante la stagione autoritaria»⁷.

2. *La Costituzione Spagnola del 1978 e la Costituzione Argentina del 1994*

Le Costituzioni sono documenti legali, adottati nella maggior parte dei Paesi del mondo, il cui testo descrive i principi e il funzio-

⁵ L. Zanatta, *Storia dell'America...*, cit., p. 193.

⁶ M. Novaro *Historia de la Argentina. 1955-2010*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2010, p. 196.

⁷ V. Giannattasio, *Introduzione*, in V. Giannattasio e R. Nocera (a cura di), *Democrazie inquiete Viaggio nelle trasformazioni dell'America Latina*, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Milano, 2017, p. 15.

namento politico della società da cui vengono promulgati. La Costituzione definisce delle regole chiare relativamente all'apparato dello Stato, alla sua struttura e organizzazione e ai suoi diritti, doveri e garanzie accordati ai cittadini.

(I) La Costituzione Spagnola del 1978

Le Camere costituenti elette nel giugno del 1977 (le prime elezioni libere dal 1936) ebbero il compito di redigere una nuova Costituzione. Il testo segnava il passaggio dal regime dittatoriale all'ordine democratico, garantendo le libertà e promuovendo i diritti di ispirazione democratica. Non meno rilevanti sono gli aspetti che preannunciano una immediata e significativa trasformazione: «la costituzione spagnola vigente ha cercato di sanare i problemi aperti soprattutto per quanto concerne lo stato delle autonomie regionali, il ruolo della monarchia, quello della Chiesa. Si tratta di un testo aperto, uno dei più recenti rispetto alle costituzioni della comunità europea e pertanto innovativo e capace di dare risposte a problemi nuovi come ad esempio quello della cittadinanza europea»⁸.

Sette deputati⁹ furono incaricati di presentare la prima bozza del testo costituzionale, successivamente il progetto fu discusso e in parte modificato. Una commissione mista, Congresso-Senato, elaborò il testo definitivo. Dopo l'approvazione del parlamento avvenuta il 31 ottobre 1978, fu ratificata dai cittadini spagnoli con un referendum il 6 dicembre 1978¹⁰ ed entrò in vigore il 27 dicembre dello stesso anno.

La Costituzione Spagnola si divide in tre parti: il preambolo (*Preámbulo*), la parte dogmatica e la parte organica.

La parte dogmatica – in cui vengono esposti i principi, i valori

⁸ A. Cammelli, *Diritti fondamentali nelle costituzioni ispanoamericane. Strumenti e Metodi per un'analisi linguistico-concettuale*, Istituto di teoria e tecniche dell'informazione giuridica del Consiglio Nazionale delle Ricerche, Rapporto interno n. 24/2004, Firenze, Giugno 2004, p. 4.

⁹ Chiamati i Padri della Costituzione: Gabriel Cisneros (UCD), José Pedro Pérez-Llorca (UCD), Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón (UCD), Gregorio Peces-Barba (PSOE), Jordi Solé Tura (PSUC), Miquel Roca i Junyent (PDC), Manuel Fraga Iribarne (AP).

¹⁰ Approvato dall'87,78% degli elettori che rappresentavano il 58,97% delle liste elettorali.

della società e i fondamentali diritti costituzionali dei cittadini spagnoli – è articolata come segue:

- *Título preliminar* (articoli da 1 a 9)
- *Título I: «De los Derechos y Deberes Fundamentales»* (articoli da 10 a 55).

La parte organica, invece, regola i componenti di base che esercitano il potere statale, l'organizzazione politica e l'organizzazione territoriale. Questa parte si articola secondo lo schema seguente:

- *Título II, «De la Corona»* (articoli da 56 a 65)
- *Título III, «De las Cortes Generales»* (articoli da 66 a 96)
- *Título IV, «Del Gobierno y de la Administración»* (articoli da 97 a 107)
- *Título V, «De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales»* (articoli da 108 a 116)
- *Título VI, «Del poder judicial»* (articoli da 117 a 127)
- *Título VII, «Economía y Hacienda»* (articoli da 128 a 136)
- *Título VIII, «De la organización territorial del Estado»* (articoli da 137 a 158)
- *Título IX, «Del Tribunal Constitucional»* (articoli da 159 a 165)
- *Título X, «De la reforma constitucional»* (articoli da 166 a 169).

(II) La Costituzione Argentina del 1994

La riforma costituzionale del 1994 apportò importanti modifiche alla *Constitución Nacional* del 1853. Il testo del 1994 modernizzò il contenuto della Carta precedente e pose le basi per il consolidamento della democrazia, ridefinendo i poteri dello Stato ed istituendo nuovi organismi di controllo. La Costituzione Argentina è suddivisa in tre punti:

- *Preámbulo*
- *Primera parte (Declaraciones, derechos, garantías; Nuevos derechos y garantías)*
- *Segunda parte: Autoridades de la Nación (Gobierno federal; Gobierno de provincia)*

Le riforme introdotte nel 1994 non cambiarono i contenuti principali della Costituzione del 1853, tuttavia, venne modificata la struttura istituzionale e vennero introdotti nuovi diritti.

3. *Analisi contrastiva dei preamboli delle due Carte costituzionali*

Il presente lavoro si concentra principalmente sull'analisi contrastiva delle premesse delle Carte costituzionali presenti nei 'preamboli' adottando, come presupposto teorico, uno studio di Liav Orgad¹¹. Nello specifico si intende offrire una possibile lettura delle strategie discorsive e linguistiche che costituiscono l'organizzazione generale del testo. Il preambolo delle costituzioni, sebbene non assuma un valore normativo diretto, rappresenta una sorta di 'dichiarazione di intenti', che «se yergue como un proyecto de vida colectivo destinado a asegurar la integración nacional que el legislador aspira alcanzar, alrededor de un determinado cuerpo ideológico destinado a convertirse en propósitos de acción comunes de los miembros que integran la comunidad nacional»¹².

Come mostra lo studio di Orgad, la maggior parte delle costituzioni contiene un preambolo che introduce il documento e, quindi, costituisce la premessa teorica e ideologica al testo: «It presents the history behind the constitution's enactment, as well as the nation's core principles and values»¹³. Lo studioso ha classificato i preamboli in tre categorie, distinguendoli a seconda del ruolo: nel primo gruppo sono individuabili i preamboli dal valore cerimoniale-simbolico; nel secondo rientrano i preamboli con funzione interpretativa; il terzo gruppo, invece, riguarda i preamboli sostanziali, il cui contenuto serve come fonte indipendente per i diritti costituzionali¹⁴. Entrambi i preamboli di cui qui ci occupiamo, rientrerebbero, a nostro avviso, nel primo gruppo indicato, giacché appare evidente che mirino a condensare lo spirito sotteso alla Costituzione, affermando la volontà di rappresentare un simbolo di unità e integrazione nazionale nonché – trascendendo il semplice valore giuridico – una sintesi delle decisioni politiche che vengono annunciate.

¹¹ L. Orgad, *The Preamble in Constitutional Interpretation*, in «International Journal of Constitutional Law», I-CON 714 (2011), pp. 714-738.

¹² C. Fernández Sessarego, *El preámbulo de la Constitución: su significado y alcances*, in «Revista Institucional Perù», n. 6, 2002, p. 170, disponibile online repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/112/el-preambulo-constitucion-si-significado-alcances.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

¹³ Orgad, *op. cit.*, p. 716.

¹⁴ Cfr. *ivi*, p. 715.

Lo schema offertoci da Orgad prevede un'ulteriore classificazione relativamente al contenuto dei preamboli. Si elencano, quindi, cinque categorie di analisi: sovranità, riferimenti storici, obiettivi/fini supremi, identità nazionale, Dio o religione.

Seguendo lo schema generale suggeritoci dallo studioso, nei prossimi paragrafi, come già annunciato, esporremo un'analisi comparata dei preamboli della Costituzione Spagnola e della Costituzione Argentina basandoci sui testi integrali delle singole premesse alle Carte costituzionali:

<i>Preámbulo</i> Costituzione Spagnola (1978) ¹⁵	<i>Preámbulo</i> della Costituzione della Nazione Argentina (1994) ¹⁶
<p>La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:</p> <p>Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo.</p> <p>Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.</p> <p>Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.</p> <p>Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.</p> <p>Establecer una sociedad democrática avanzada, y</p> <p>Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.</p> <p>En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente</p>	<p>Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.</p>

¹⁵ Constitución Española, consultata presso Boletín Oficial del Estado; disponibile online www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229.

¹⁶ Constitución Nacional de la Nación Argentina, consultata presso *Casa Rosada Presidencia*; disponibile online www.caserosada.gob.ar/nuestro-pais/constitucion-nacional.

Il primo dato evidente riguarda l'uso di diverse forme verbali: mentre per la Costituzione Spagnola viene utilizzata una forma impersonale – che si riferisce in modo indefinito ad una volontà espressa unanimemente dalla nazione spagnola, senza sottolineare alcuna separazione tra il popolo e il legislatore – nel caso della Carta argentina la forma utilizzata è la prima persona plurale, come a voler rafforzare il senso di unità, di appartenenza e di volontà comune. Tramite questo espediente linguistico, viene particolarmente enfatizzato lo spirito partecipativo di tutta la popolazione ai principi espressi dalla Costituzione. La ripetizione di pronomi declinati nella prima persona plurale, inoltre, può essere funzionale al raggiungimento di un'adesione unanime al documento: la volontà del popolo argentino che si esprime attraverso la voce dei suoi rappresentanti. L'uso del noi – *nos* –, se da una parte enfatizza l'espressione di una volontà condivisa, dall'altra stabilisce una separazione tra il popolo e i suoi portavoce¹⁷.

Il primo degli elementi indicati da Orgad si riferisce alla sovranità (*The Sovereign*). In generale, gran parte dei preamboli sancisce “da chi” deriva la sovranità, cioè dal popolo, che accoglie il potere dello stato a emanare leggi, proprio grazie alla legittimazione popolare. Nel caso della Costituzione Spagnola la sovranità popolare viene a identificarsi con la *Nación española*, che si fa portavoce di *cuantos la integran*, insistendo, con questa locuzione, sulla popolazione nella sua interezza. Tale costruzione discorsiva sottolinea soprattutto il senso di appartenenza alla nazione, rendendo manifesta la funzione del preambolo come strumento di integrazione nazionale. Dato, questo, che non impedisce, tuttavia, alla Carta costituzionale di stabilire e rivendicare il multiculturalismo costitutivo della nazione spagnola;

¹⁷ Sull'uso della prima persona plurale e sulle altre strategie retoriche nei discorsi politici si faccia riferimento, tra gli altri, ai seguenti studi: Cedroni, Lorella, *Politolinguistica: l'analisi del discorso politico*, Carocci editore, 2014; Amoretti, Francesco, *La comunicazione politica*, Roma, Nuova Italia Scientifica, 1997; A. Van Dijk Teun, *El análisis crítico del discurso*, in «Anthropos», 186, settembre-ottobre 1999, pp. 23-36; disponibile online www.discursos.org/oldarticles/El%20an%20E1lisis%20cr%20del%20discurso.pdf; A. Van Dijk Teun A., *Política, ideología y discurso*, in «Quórum Académico», vol. 2, n. 2, julio-diciembre 2005, pp. 15-47; disponibile online www.discursos.org/oldarticles/Política%20ideología.pdf; M.A. Rebollo Torío, *Caracterización del lenguaje político*, disponibile online cvc.cervantes.es/literatura/aispi/pdf/16/16_009.pdf.

procedendo nella lettura del documento, infatti, risalta la volontà di «Proteger a todos los españoles y pueblos de España». Questo passaggio tutela i diritti linguistici e la diversità culturale, ponendosi in palese contrapposizione con quanto era stato imposto durante i trentasei anni di dittatura franchista.

Nel caso della Costituzione Argentina, a differenza di quella spagnola, sono i corpi rappresentativi dello stato a prendere la parola, rendendosi portavoce della volontà popolare e dando maggior rilievo al ruolo delle istituzioni, collegamento tra il popolo e la sovranità.

In relazione alla seconda categoria individuata da Orgad, cioè quella connessa alla memoria storica del Paese (*Historical Narratives*), in entrambi i casi rileviamo una omissione di riferimenti al passato recente. Come mette in risalto lo studioso, i preamboli, di solito, includono «historical narratives of a state, a nation, or a people, telling specific stories that are rooted in language, heritage, and tradition. These stories shape the common identity (“we”)»¹⁸. L'omissione del passato recente, nel caso argentino, si connette ad una volontà di provare ad occultare, ancora una volta, dinanzi alla comunità internazionale, gli orrori della dittatura conclusasi nel dicembre del 1983. Anche nel caso spagnolo sono assenti riferimenti diretti sia alla guerra civile sia alla dittatura. Il vuoto discorsivo potrebbe significare un tentativo di rimozione o, ancor di più, di “annullamento” del passato, affermando principalmente il nuovo ordine democratico instaurato¹⁹. In un articolo del 19 luglio 1986, pubblicato dal quotidiano *El País* – la cui lettura può essere utile per comprendere lo spirito sotteso all'omissione dei dati storici nel preambolo – vengono riportate le dichiarazioni che spiegano i motivi che hanno condotto alla decisione di non commemorare il cinquantesimo anniversario dello scoppio della guerra. Nel comunicato rilasciato dal governo di Felipe González si afferma che «Una guerra civil no es un acontecimiento conmemo-

¹⁸ Orgad, Liav, *op. cit.*, p. 717.

¹⁹ Questa tendenza ha caratterizzato per molti anni la società spagnola, fino al 2007, anno in cui il governo di José Luis Rodríguez Zapatero approva la cosiddetta *Ley de Memoria Histórica*, tramite cui «se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura». Il testo della legge è disponibile online presso www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-22296.

rable, por más que para quienes la vivieron y sufrieron constituyera un episodio determinante en su propia trayectoria biográfica [...] es definitivamente historia, parte de la memoria de los españoles y de su experiencia colectiva [...] no tiene ya – ni debe tenerla – presencia viva en la realidad de un país cuya conciencia moral última se basa en los principios de la libertad y de la tolerancia»²⁰. Nello stesso comunicato si parla, inoltre, del desiderio di una riconciliazione definitiva del Paese proprio in questa data, simbolicamente significativa. Ciò potrebbe voler dire che ancora si percepisce una profonda spaccatura nella società spagnola. Il problema de *las dos Españas*, la Costituzione ambisce a sanarlo con un approccio *super partes* mantenendo una posizione ideologicamente non collocabile.

La terza categoria di Orgad riguarda invece gli obiettivi e i fini supremi della nazione (*Supreme Goals*). Nei casi di studio di cui ci occupiamo, gli obiettivi supremi vengono elencati seguendo strategie discorsive molto diverse: mentre nel modello della Spagna i fini esplicitati rispondono a necessità estremamente concrete, in quello argentino gli scopi indicati assumono forme più astratte, prive di un'organizzazione testuale che si ponga come un vero e proprio manifesto; in entrambi i casi gli obiettivi nazionali vengono elencati tramite l'utilizzo reiterato di frasi infinitive rette dal *de* iniziale ma, nel caso spagnolo, le azioni espresse dai verbi all'infinito sono corredate da ulteriori informazioni, riguardanti, per la maggior parte, le modalità in cui l'obiettivo intende essere perseguito. Al primo punto degli obiettivi, nel preambolo spagnolo, è espressa la volontà di garantire la *convivencia democrática*. L'ordine democratico diventa quindi la premessa fondamentale dell'orizzonte ideologico stabilito dalla Costituzione e il preambolo ha la funzione di annunciare la rottura con il clima politico precedente, l'autoritarismo. La seconda infinitiva del preambolo fa riferimento, invece, allo Stato di Diritto, fondando la legittimità dell'espressione del potere nella legge, intesa come manifestazione della volontà popolare. Si tratta di una importante trasformazione che si pone in chiara contrapposizione allo schema degli anni della dittatura in cui era prevista la predominanza assoluta del Potere Esecutivo e la centralità del Capo Carismatico. In terzo luo-

²⁰ Disponibile online elpais.com/diario/1986/07/19/espana/522108013_850215.html.

go, il preambolo della Costituzione Spagnola stabilisce la necessità di proteggere tutti gli spagnoli e gli altri popoli della Spagna, garantendo loro i diritti umani, «en el ejercicio de sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones». Questo passaggio evidenzia quanto i temi veicolati tramite quelle unità lessicali siano centrali nella nuova agenda democratica. In controtendenza alla repressione della diversità culturale che aveva caratterizzato la Spagna del franchismo, il preambolo annuncia uno degli orientamenti più importanti del nuovo ordine, trovando riscontro concreto negli articoli 2 e 3 della Carta Costituzionale. In questi, infatti, si riconosce il diritto all'autonomia delle regioni che compongono la nazione garantendo e tutelando il plurilinguismo, quale importante asse del patrimonio culturale del Paese²¹. Verso la fine del preambolo si fa nuovamente riferimento alla volontà condivisa di stabilire una società democratica avanzata. Si tratta di un lessema che viene ripetuto per due volte, in apertura e in chiusura al breve testo, per rimarcare l'orizzonte ideologico stabilito. Nel caso argentino, invece, come anticipato, pur utilizzando verbi all'infinito, le intenzioni espresse diventano più astratte e generali. I verbi che esplicitano gli obiettivi da perseguire, infatti, sono affiancati da sostantivi come *justicia*, *paz*, *defensa*, *bienestar*, senza stabilire alcuna programmaticità concreta ed escludendo, altresì, riferimenti a orientamenti economici. Non si contemplan, cioè, eventuali strategie per il raggiungimento di questi scopi, contrariamente a quanto, ancora una volta, si precisa nel testo spagnolo: la convivenza democratica, ad esempio, si raggiunge anche tramite un ordine economico e sociale «justo», cioè giusto.

Nella quarta categoria, *National Identity*, Orgad include i riferimenti a *future aspirations* e alla *constitutional philosophy* della nazio-

²¹ «Artículo 2: La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

«Artículo 3: 1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla. 2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos. 3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección».

Disponibile online presso www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229.

ne. Lo studioso, inoltre, aggiunge che in questa categoria rientrano le dichiarazioni riferite ai diritti inalienabili, come la libertà e la dignità²².

Nel caso del preambolo spagnolo si fa esplicito il desiderio di consolidare «relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra». Si trattava di un passaggio necessario per rovesciare la politica estera del franchismo, basata sull'autarchia e sull'isolamento della Spagna dalla scena internazionale. Con la Carta costituyente si intendeva segnare un cambio di passo – annunciato sin dalle righe introduttive – proponendo una nuova definizione dell'immagine della Spagna, all'insegna dell'apertura, del confronto, della difesa della pace e dei valori liberali.

A differenza della Spagna, i Padri costituenti argentini, viceversa, mostrano una maggiore attenzione alla politica interna, ovvero la politica estera è subalterna alle dinamiche interne, o quanto meno nel preambolo, è in una posizione di minore rilevanza. Ciò è dimostrato dai segmenti discorsivi come «consolidar la paz interior», «proveer a la defensa común» e «los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino», che contribuiscono a costruire l'immagine di una nazione solida, intenta a rafforzare gli equilibri interni più che a curare le relazioni internazionali.

La quinta e ultima categoria, secondo Orgad, riguarda Dio, o la religione, spesso presenti nei preamboli. Nel caso delle Costituzioni prese in esame ci troviamo dinanzi a due orientamenti differenti: nel preambolo spagnolo sono assenti i nessi religiosi, mentre nel caso argentino si fa esplicito riferimento a Dio. Nel primo, il vuoto discorsivo conferma ancora un preciso orientamento politico e ideologico. Il tema della religione, infatti, era stato profondamente divisivo durante la guerra civile e nei successivi anni della dittatura. La Chiesa Cattolica, che aveva da subito manifestato appoggio incondizionato a Franco, divenne in seguito un pilastro della dittatura, vero e proprio strumento di propaganda, utilizzato soprattutto per giustificare il *golpe* ai danni di un governo legittimamente eletto. Basti pensare che le monete da una peseta dell'epoca riportavano l'iscrizione «Francisco Franco, Caudillo de España por la gracia de Dios». I motivi, ufficialmente riconosciuti, circa la stretta relazione tra dittatura e Chiesa, enfatizza-

²² Orgad, Liav, *op. cit.*, p. 717.

vano la volontà di difendere il Paese dalla minaccia del marxismo. Gli anni '40 e '50 furono caratterizzati da uno straordinario fervore religioso: si riteneva che ogni spagnolo dabbene dovesse essere cattolico e aderente ad una ferrea morale. Un riferimento a quello che era stato il principale strumento di propaganda della dittatura, nel preambolo della nuova Costituzione democratica, era dunque impensabile.

Nel caso argentino, nella parte finale dello scritto, la Carta costituzionale viene decretata invocando la protezione divina. Questo dato non va letto nell'ottica di subordinazione dello Stato alla religione, e nemmeno stabilisce la supremazia di una religione rispetto ad un'altra²³ ma, come sottolinea María Angelica Gelli, rispecchia una visione teistica: «En la invocación a Dios está presente la concepción teísta —ni atea, ni neutra, tampoco confesional— aunque los constituyentes tuvieran, en lo personal, una creencia religiosa. Es la fe en un Dios, único, personal y providencial, *fuerza de toda razón y justicia* el que se invoca al momento de dictar la ley de leyes y que se convierte, así, en fundamento del orden legal pero sin sujeción a ninguna iglesia en particular»²⁴. Il riferimento religioso, inoltre, in un testo della metà del XX secolo, è funzionale a rafforzare la fiducia collettiva nella Carta costituzionale, proprio perché legittimata davanti a Dio.

Considerati gli aspetti emersi da una analisi, seppure parziale (giacché investe una parte minima dell'intero documento) è possibile individuare se, e come, la volontà di cambiamento si sia tradotta in termini reali. Non è difficile dedurre quanto, comparando le due realtà, la struttura del documento spagnolo esprima un'apertura decisamente maggiore rispetto a quella argentina. Apertura che, tra l'altro, come ci raccontano i fatti, ha avuto, nel corso degli ultimi decenni, un reale riscontro.

²³ L'articolo 14 riconosce la libertà di culto: «Artículo 14: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender». Disponibile online presso www.caserosada.gob.ar/nuestro-pais/constitucion-nacional.

²⁴ Gelli, María Angelica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2005, p. 4.

AMALIA FRANCIOSI

«*Ex iure Quiritium meum esse aio*»
Nota minima in tema di *mancipatio*

È tralaticia in dottrina la considerazione che la struttura della *mancipatio*, come immaginata e ricostruita in base alle notizie gaiane, sia contraddittoria nella misura in cui l'affermazione dell'acquisto del potere sull'oggetto (*meum esse aio*), precede il versamento del prezzo, che, nella realizzazione di uno scambio contestuale (compravendita), dovrebbe avvenire simultaneamente. Questa contraddizione nasce dall'interpretazione corrente secondo cui la *mancipatio* sarebbe in origine legata unicamente alla causa dello scambio, essendo la sua natura quella di un primitivo negozio di vendita (sorto nell'ambito dello *ius civile*), al quale, in seguito, si sarebbe sovrapposta la più tarda *emptio venditio* (sorta nell'ambito dello *ius gentium*). Solo in prosieguo di tempo, essa avrebbe subito un processo di astrazione, trasformandosi in atto acquisitivo della 'proprietà', adattabile a cause diverse¹.

¹ V. tra tutti G. Pugliese, *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*, Padova, 1938, p. 76; Id., *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in L. Vacca (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, II, Milano, 1991, p. 25 ss.; P. Voci, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, p. 54; F. Gallo, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1955, p. 91 ss.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 433; Id., *Processo civile (diritto romano)*, in «Enc. dir.», 36, Milano, 1987, p. 24 ss.; Id., *Vendita (diritto romano)*, in «Enc. dir.», 46, Milano, 1993, p. 304 ss.; C.A. Cannata, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in L. Vacca (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale (Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990), II, Milano, 1991, p. 413; L. Vacca, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, in *Incontro con G. Pugliese, 18 aprile, 1991*, Milano, 1992, p. 43 ss. ora in Ead., *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane*, Padova, 2006, p. 167 ss.; D. Mattiangeli, *Il problema della consensualità nel contratto di compravendita romano e la sua recezione nei moderni ordinamenti*

Ciò è frutto di una visione dell'istituto appiattita su una lettura tradizionalistica delle fonti giurisprudenziali dell'età matura, lontana dal contesto storico più antico, in cui bisognerebbe collocare la genesi degli atti librali, qualunque ne sia la causa.

Lo studio dei *gesta per aes et libram* andrebbe, a rigor di logica storica, calato in un contesto sociale ed economico arcaico, e segnatamente in epoca premonetaria (nonostante la testimonianza di Gai. 1.122, che andrebbe riletta in chiave critica²)³.

Nella Roma arcaica l'uso del metallo riveste un ruolo particolarmente importante: la pratica della metallurgia è profondamente connessa al culto di Vulcano e alla primitiva religione dei *Quirites*⁴.

Negli atti librali la consegna del bronzo non ha solo una funzione diretta e immediata di scambio contro prezzo, ma un valore

europci, in «RIDA», 2012, 59, p. 336 ss.; G. Nicosia, *La nascita postdecemvirale della 'mancipatio' e quella ancora posteriore della distinzione tra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, in «Ann. Sem. giur. Univ. Palermo», 2016, 59, p. 303 ss. *Contra* S. Romeo, *L'appartenenza l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, p. 243 ss.; A. Corbino, *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la Mancipatio*, in «Iura», 2016, 64, p. 9 ss. e in particolare p. 94 ss.; Id., «Mancipatio» e pesatura, in «Index», 2017, 45, p. 379 ss.; L. Capogrossi Colognesi, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, 2016, p. 47 nt. 31. Cfr. anche in chiave critica R. Fiori, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, p. 19 ss.; J. Paricio, *Genesi e natura dei bonae fidei iudicia*, in *Atti del convegno Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico in memoria di A. Biscardi (Siena-Certosa di Pontignano 13-15 dicembre 2001)*, Milano, 2011, p. 210. (www.ledonline.it/rivista_diritto_romanoo/attipontignano.html); A.M. Giomaro, «Divertissements» in tema di Mancipatio, in *Studi in onore di S. Antonelli*, Napoli, 2002, p. 393 ss.; C. Cascione, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, p. 215 ss.; L. Gagliardi, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in L. Garofalo (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, 2007, p. 101 ss.; L. Franchini, *La recezione nel ius civile dei iudicia bonae fidei. Questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015, pp. 15 ss., 151 ss.

² V. *infra* nel testo.

³ Sull'alta antichità della Mancipatio v. in particolare A. Corbino, *La risalenza...*, cit., p. 9 ss. F. Zuccotti, *I glittodonti del diritto romano. Alcune ipotesi sulle strutture dell'arcaico ordinamento quiritario*, in «Rivista di Diritto Romano», 2003, 3, p. 23. (www.ledonline.it/rivista_diritto_romanoo/)

⁴ Cfr. A. Franciosi, *Lo ius dei Quirites e il Cabiro 'dimenticato': culto e diritto ai primordi della città*, in «Teoria e storia del diritto privato» 2021, 14, p. 1 ss., con la letteratura ivi citata (www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com).

altamente rituale e simbolico (la *imaginaria venditio* di Gai. 1.119); la pesatura è connessa a una più ampia funzione di assestamento degli equilibri economici, ma anche e soprattutto religiosi, rispetto all'ordine divino, e 'giuridici', rispetto alla comunità umana⁵.

Nella formula della *mancipatio*, la ritualità dell'atto è particolarmente evidenziata dal richiamo allo *ius Quiritium* (*ex iure Quiritium meum esse aio*)⁶.

Non è un caso che lo svolgimento degli atti socialmente ed economicamente più rilevanti avvenisse dinanzi ai comizi curiati, alla comunità dei *Quirites*, chiamati a testimoniare sulla legittimità dell'atto e dei suoi effetti⁷.

La pesatura del *aes rude*, attraverso l'uso di una *libra*, anch'essa di bronzo (*aenea*)⁸, possiede un valore altamente simbolico proprio per

⁵ Cfr. R. Orestano, *Dal ius al fas. Rapporto tra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in «BIDR», 1939, 46, pp. 216 ss., 252 ss.; C. Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Napoli, 1955, 12; A. Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*, 5a ed., Napoli, 1990, pp. 44 ss.; 99 ss.; F. Chini, *Idee vecchie e nuove intorno ai concetti di ius e fas*, in S. Randazzo (a cura di), *Religione e diritto romano. La cogenza del rito*, Tricase, 2018, p. 115 ss., in particolare p. 149 s.

⁶ G. Nicosia, *Brevis dominus*, in *Φιλία. Scritti per G. Franciosi*, III, Napoli, 2007, p. 1847 ss.; Id., *Nuovi profili istituzionali essenziali di diritto romano*, Catania, 2013, 131 s., 291 nt. 1; Id., *Ex iure Quiritium*, Catania 2018, pp. 35 ss., 122 nt. 261;

⁷ V. Sinaïski, *Ex Iure Quiritium*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, Palermo, 1936, p. 68 s.; A. Guarino, '*Ius Quiritium*', in «Iura», 1959, I, p. 21 ss., ora in *Le origini quiritarie. Raccolta di scritti romanistici*, Napoli, 1973, p. 171 ss. e in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, p. 21 ss.; A. Guarino, *L'ordinamento*, cit., p. 170 ss.; P. Fuentesca, *Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana*, in L. Vacca (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale (Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990), I, Milano, 1991, p. 74 nt. 75; F. Terranova, *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, Torino, 2011, pp. 92 ss., 168 ss., 354 ss.; G. Aricó Anselmo, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei 'comitia'*, Torino, 2012, p. 266 ss.; C. Pelloso, *Ricerche sulle assemblee quiritarie*, Napoli, 2018, pp. 7 ss., 23 ss.; A. Franciosi, *Lo ius...*, cit., p. 34 e nt. 110. Sugli aspetti rituali della *mancipatio*, sebbene limitatamente all'applicazione particolare della *mancipatio familiae*, interessanti spunti in A. Spina, *Il diritto oltre la vita. Aspetti ideologico religiosi del diritto successorio romano*, in S. Randazzo (a cura di), *Religione e diritto romano. La cogenza del rito*, Tricase, 2018, p. 425 ss.

⁸ Gai. 1.119: ...isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra; 2. 104: ...quo tu iure testamento facere possis secundum legem publicam, hoc aere, – et, ut quidam adiciunt, – aeneaque libra, esto mihi empto; 3.174: ...me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Cfr. Fest. voce 'rodus' (320.34-322.10 L.) e Varr., *l.l.* 5.163.

la funzione economica e rituale del metallo, come parametro di misura della ricchezza, anche negli atti traslativi (o, più genericamente, dispositivi) di beni dal valore consistente e misurabile⁹.

Il compimento di tali atti esige, sia in rapporto alla pace sociale che alla *pax deorum*¹⁰, il ripristino immediato di un equilibrio momentaneamente perduto, del quale la comunità veniva chiamata ad essere testimone ed *auctor*¹¹ (verifica della correttezza rituale dell'atto, del valore di scambio intrinseco dell'oggetto e del recupero dell'equilibrio economico); ciò avveniva, originariamente, *in iure*¹², cioè, nella forma dell'assemblea curiata¹³, in seguito mediante la presenza (simbolica, ma necessaria) dei '*non minus quam quinque testes cives Romani puberes*' e del *libripens*¹⁴.

Ma, tornando alla *mancipatio*, abbiamo visto che, secondo l'orientamento tradizionale, ad essa nel tempo si sarebbe sostituita, sovrapponendosi, la compravendita consensuale (*empio-ventitio*).

Ebbene, contro questa interpretazione, si è levata recentemente la voce di autorevole dottrina¹⁵, secondo cui esse coesisterebbero da

⁹ In sostanza di beni censibili.

¹⁰ F. Chini, *Idee...*, cit., p. 115 ss.

¹¹ P. Fuentesca, *Trasferimento...*, cit., p. 73 ss.

¹² G. Nicosia, *Ex iure Quiritium...*, cit., p. 7 ss.

¹³ Ciò è esplicitamente attestato per alcune applicazioni dell'atto librare come l'*adrogatio* e il *testamentum*. Gai. 1,101 ss.; 2,101 ss. Cic. *de domo* 29,77; Gell. 5,19.

¹⁴ Gai. 1.119. Cfr. A. Magdelain, *Quirinus et le droit*, ('*spolia opima, ius fetiale, ius Quiritium*'), in «MEFRA», 1984, 96,1, p. 223; Id., *Conclusion: 'Ius Quiritium sacramentum auctoritas'*, in '*Jus Imperium Auctoritas*'. *Études de droit romain*, Roma, 1990, p. 769, in cui si evidenzia come il voto curiato sia identificato con l'*auctoritas* da Gaio e da Pomponio: Gai. 1.98-99: «*Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate, aut imperio magistratus, veluti praetoris. Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt; quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an velit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur, et populus rogatur, an id fieri iubeat*». D. 1.2.2.4: «*Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus*».

¹⁵ A. Corbino, *La risalenza...*, cit., p. 85 ss. Id., '*Mancipatio*'..., cit., pp. 379-400, particolarmente p. 384 ss. Mi convince alquanto la rilettura delle fonti suggerita da Corbino, per il quale la *mancipatio*, principale atto *per aes et libram*, non si è originata come negozio di scambio contestuale di cosa contro prezzo, per poi evolversi verso forme astratte (così, riassumendo una *communis opinio*, su cui cfr. anche L. Capogrossi Colognesi, *La costruzione...*, cit., p. 51), ma fin dal principio si è configurata come

sempre, giacché il rituale della *mancipatio* non sarebbe legato a una causa in particolare (*causa venditionis*), ma in molti atti liberali, che si configurano come *mancipationes* (*mancipatio familiae, testamentum per aes et libram*), non vi sarebbe affatto uno scopo di scambio.

Di conseguenza, nella consegna dell'*aes rude*, che Gaio afferma avvenire *quasi pretii loco*, sarebbe da individuare qualcosa di ben diverso dal versamento di un prezzo. Si tratta di un gesto rituale che non varia in base alla causa dell'atto¹⁶.

negozio a causalità aperta. Questa impostazione richiede indubbiamente un grosso sforzo per superare la comprensibile difficoltà a distaccarsi dai principi del diritto romano classico, tramandati, tuttavia, da giuristi lontani dall'epoca di formazione di certi istituti che, inevitabilmente, ne avevano in parte smarrito il senso originario.

¹⁶ G. Nicosia, *Quasi pretii loco*, in «Iura», 2012, 60, p. 15 ss. Nell'ottica di A. Corbino, *La risalenza...*, cit., p. 85 ss.; Id., 'Mancipatio', cit., p. 390 ss., già le dodici tavole (Tab. 6.4; Prob. 4.7) prevedevano un'*actio auctoritatis* nei confronti del *mancipio dans* (anche per il *mancipio accipiens* straniero). A torto, in dottrina si sarebbe limitata la responsabilità del *mancipio dans* (*auctoritas*) alla causa di scambio (V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, 2^a ed., Napoli, 1954, p. 277 ss.; M. Talamanca, *Vendita...*, cit., p. 410 s.). Ma la sanzione prevista a carico del *mancipio dans* che non avesse garantito l'effettività del risultato giuridico si lega alla forma dell'atto, più che alla sua causa. Tutte le applicazioni del gesto librare diverse dal *nexum* e dalla *solutio* (che si caratterizzano per una causa particolare) si configuravano in sostanza come *mancipationes*, e quindi, a prescindere dalla causa, la sanzione del *duplum* investiva ogni applicazione della *mancipatio*, come atto librare (di carattere generale). Infatti, era sempre necessario dichiarare il valore del bene o del diritto acquistato, anche in casi diversi dalla vendita, ad esempio in caso di applicazione della *mancipatio* a scopo di adozione o di emancipazione. Di conseguenza, l'*aes* pesato non dovrebbe vedersi come il risultato storico del corrispettivo richiesto (come prezzo) dalla natura di vendita della *mancipatio*. Il rituale della pesatura dell'*aes rude* nella *mancipatio*, in età gaiana, non rifletterebbe, quindi, gesti che in epoca più antica erano resi necessari dalla causa negoziale dell'atto (pesatura come momento esclusivo di determinazione del *pretium vendendi*). Secondo Corbino questa ipotesi è smentita da una più attenta lettura delle fonti, e in particolare proprio dall'idea che complessivamente ne ha Gaio (Gai. 1.113, 119, 123, 132 ss., 140, 141; 2.102 ss.; 3. 173-175); infatti, la *coemptio* e la *mancipatio* dei liberi producono effetti diversi dalla *mancipatio* dei servi, così come la *mancipatio familiae*, in ragione della complessità del suo oggetto ma anche della sua specifica causa; nella *solutio per aes et libram* i medesimi gesti sono diretti alla produzione di effetti ancora diversi; per non parlare dei casi di impiego del *nummus unus* (FIRA, III, nrr. 88, 89.). Dal punto di vista storico – afferma ancora Corbino – sarebbe difficile immaginare che la sola causa negoziale di attribuzione della 'proprietà' di una *res Mancipi* (*mancipium*) possa essere stata «in origine» la vendita. Infatti, lo sono, ad esempio, anche la dote e la donazione. Infine, se la *mancipatio* non fosse strutturata per cause diverse da quella dello scambio (che

Tale ricostruzione, non da tutti finora condivisa¹⁷, porta alla conclusione che la *mancipatio* sia nata come negozio a causalità aperta. L'idea appare rivoluzionaria, e in certo senso lo è, ma il suo effetto dirompente si ridimensiona qualora, accogliendola senza pregiudiziali, venga letta attraverso un filtro che ne evidenzi una particolare sfumatura: quello costituito dalla specifica natura dell'oggetto (*res Mancipi*).

A mio modo di vedere, l'idea di scambio, insita nell'atto mancipatorio, non va intesa in un senso ristretto alla causa di compravendita, bensì in modo assai più ampio¹⁸: scambio come fisiologico riequilibrio di situazioni, che trova nella ritualità degli atti (forma) la sua essenza, legata all'intrinseco valore che caratterizza le *res Mancipi* (e che possiamo definire valore di scambio)¹⁹.

per le *res* non soggette a *mancipium* è effettuato mediante semplice *traditio*), la stessa categoria delle *res Mancipi* non avrebbe motivo di essere. Ritengo che la logica di queste osservazioni, a una lettura più critica e attenta delle fonti, sia ineccepibile.

¹⁷ Filippo Gallo, in particolare, obiettava informalmente all'illustre studioso che non si può non vedere nella *mancipatio* l'atto preposto allo scambio della *res Mancipi* in forma solenne e pubblica (formalità-testimoni). La forma descritta da Gaio non può che essere nata dall'osservazione della pratica reale, per cui la pesatura era un momento della vendita (successivamente diventata *imaginaria* con l'evolversi delle modalità di pagamento), mentre gli adattamenti formali più raffinati sarebbero indice di riflessione giurisprudenziale matura. In realtà, non è questo che Corbino nega, quanto invece il fatto che le formalità della *mancipatio* siano poste in essere, almeno nella narrazione che ne fa Gaio, esclusivamente ai fini dello scambio contestuale di prestazioni corrispettive. Ammette, infine, la possibilità che in una fase pregiudiziale, o giuridicamente diversa da quella considerata da Gaio, la forma della *mancipatio* potesse identificarsi «con la modalità concreta della transazione economica elementare alla base dello scambio tra acquisto e prezzo». (Ma non si dimentichi neppure l'antichità del *testamentum*, del *nexum* e verosimilmente della *solutio per aes et libram*. Cfr. A. Corbino, *'Mancipatio'...*, cit., p. 383 nt. 11.)

¹⁸ In definitiva, accogliere la tesi di una *mancipatio*, ab origine a causalità aperta, significa ammettere che la causa dell'antico atto (*mancipium*) non sia il trasferimento della 'proprietà' ma l'acquisto di un potere (che si manifesta in una scala variabile di pregnanza in relazione al suo particolare oggetto.) Sul *mancipium* come atto e come potere v. G. Franciosi, "Res Mancipi" e "res nec Mancipi", Rec. F. Gallo, *Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi*, Torino, 1958, in Labeo, 1959, V, p. 376 ss., ora in L. Monaco e A. Franciosi (a cura di), *Opuscoli*, I, *Scritti di Gennaro Franciosi*, Napoli, 2012, p. 9 ss., con discussione della letteratura precedente; G. Nicosia, *La nascita...*, cit., p. 310; Id., *Ex iure Quiritium...*, cit., p. 132.

¹⁹ Sulle *res Mancipi* v. per tutti P. Bonfante, "Res Mancipi" e "res nec Mancipi", Roma, 1888, p. 9 ss.; Id., *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, in «Scrit-

Per chiarire meglio il concetto, partirei dalla lettura parallela delle fonti che mi appaiono più significative:

Gai. 1.122: *ideo autem aes et libra adhibetur, quia olim aeneis tantum nummis utebantur; et erant asses, dupondii, semisses, quadrantes, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat, sicut ex lege XII tabularum intellegere possumus; eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere posita; nam et asses librales erant, et dupondii bilibres; unde etiam dupondius dictus est quasi duo pondo, quod nomen adhuc in usu retinetur. Semisses quoque et quadrantes pro rata scilicet portione ad pondus examinati erant. Quam ob rem qui dabat olim pecuniam, non numerabat eam, sed appendebat; unde servi, quibus permittitur administratio pecuniae, dispensatores appellati sunt.*

Plin. n. h. 33.14: *populus Romanus ne argento quidem signato ante pyr-rhum regem devictum usus est. libralis – unde etiam nunc libella dicitur et dupondius – adpendebatur assis; quare aeris gravis poena dicta, et adhuc expensa in rationibus dicuntur, item inpendia et dependere, quin et militum stipendia, hoc est stipis pondera, dispensatores, libripendes, qua consuetudine in iis emptionibus, quae mancipi sunt, etiam nunc libra interponitur. Servius rex primus signavit aes. antea rudi usos Romae Timaeus tradit. Signatum est nota pecudum, unde et pecunia appellata. maximus census [cxxx] assium fuit illo rege, et ideo haec prima classis. – Argentum signatum anno urbis ccclxxxv, Q. Ogulnio C. Fabio Cos., quinque annis ante primum punicum bellum. Et placuit denarium pro X libris aeris valere, quinarium pro V. sestertium pro dupondio ac semisse.*

I due passi hanno senza dubbio una matrice comune, come attestato in particolare dall'etimologia di *dispensatores*, fornita da entrambi. Tuttavia, la ricostruzione di Gaio appare sfuocata laddove riferisce la pesatura alla *pecunia* (*non numerabat eam, sed adpendebat*)

ti giuridici vari», 1918, 2, Torino, 1 ss.; F. De Visscher, «*Mancipium*» et «*res mancipi*», in «SDHI», 1936, 2, p. 263 ss.; F. Gallo, *Studi sulla distinzione tra res mancipi e res nec mancipi*, Torino 1958, ora anche in «Rivista di Diritto Romano» (www.leonline.it/rivistaitirit-toromano/), 2004, 4, p. 1 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, 12^a ed., Napoli, 2001, p. 321 ss.; G. Franciosi, «*Res mancipi*»..., cit., p. 370 ss.; F. Zuccotti, *I glittodonti...*, cit., p. 21 ss. Da ultimo G. Nicosia, *La nascita...*, cit., p. 315 ss., che ritiene, verosimilmente, tarda la formulazione di una distinzione in termini di *res mancipi* e *res nec mancipi*. È, peraltro, probabile che sia la qualificazione stessa di alcune situazioni giuridiche come *res* a sorgere nell'ambito di una riflessione giurisprudenziale più matura.

e, poco sopra, alle monete (*nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere*), piuttosto che all'*aes rude*²⁰.

Nel testo di Plinio, invece, il soggetto del passivo *adpendebatur* è il sottinteso *argentum*, richiamato nel periodo precedente, mentre *libralis assis* è un ablativo strumentale (il valore dell'argento è dunque calcolato in base al peso, determinato utilizzando come unità di misura l'asse librale, ovvero l'*aes signatum*). Nel prosieguo Plinio si dilunga su una serie di etimologie che mettono in relazione il concetto di pesatura con diversi aspetti della vita economica, e infine con le *emptiones* "quae mancipi sunt", in cui, ancora al suo tempo, è utilizzata una bilancia (*etiam nunc libra interponitur*).

Il brano si rivela oltremodo interessante nell'evidenziare che un tempo la pesatura rappresentava un elemento caratterizzante della vita economica di Roma. Ma vi è di più. Plinio attesta che l'*aes signatum* risale al re Servio Tullio, mentre, per il periodo precedente, Timeo di Tauromenio testimonia a Roma l'uso di quello rude.

Servio utilizzò l'*aes signatum* per censire i cittadini tanto che il censo massimo, attribuito ai cittadini della prima classe, fu sotto il suo regno calcolato in 120 assi²¹.

La precisazione di Plinio lascerebbe pensare che, in precedenza, per censire i cittadini si utilizzasse l'*aes rude*, e che l'innovazione di Servio rendeva più semplici le operazioni di pesatura necessarie al censimento dei beni.

L'argento coniato – continua Plinio – è attestato in modo certo per il 269 a.C., sotto il consolato di Q. Ogulnio e C. Fabio. Al principio del brano, infatti, aveva evidenziato che, fino alla sconfitta definitiva di Pirro (275 a.C.), il popolo romano non usava l'argento coniato, ma solo quello pesato²².

²⁰ S. Romeo, *L'appartenenza...*, cit., p. 230 ss.

²¹ Sul censo a Roma v. L. Pedroni, *Censo, moneta e rivoluzione della plebe*, in «MEFRA», 1995, 107, p. 197 ss.; M.H. Crawford, *Roman Statutes*, II, London, 1996, p. 562.; E. Lo Cascio, *Il 'census' a Roma e la sua evoluzione dall'età serviana alla prima età imperiale*, in «MEFRA», 2001, 113, p. 565 ss. e nt. 50; G. Clemente, *I censori e il Senato. I 'mores' e la legge*, in «Athenaeum», 2016, 104, 449 ss.

²² Secondo F. Panvini Rosati, *Monetazione preromana in Italia. Gli inizi della monetazione romana in Italia e la monetazione romano-campana*, in «La moneta greca e romana», Roma, 2000, p. 79 ss., un sistema monetale basato sul bronzo si imporrebbe, a Roma e in Magna Grecia, intorno alla seconda metà del IV sec. a.C.

La testimonianza pliniana ci lascia presumere che almeno a partire dall'epoca di Servio Tullio, ma molto probabilmente anche prima, la pesatura avesse un valore rituale ed economico particolarmente significativo. E che, già in epoca premonetaria, importanti scambi commerciali necessitassero di particolari rituali collettivi, non mi pare possa seriamente negarsi²³.

Nel II sec. d.C. la pesatura assume un valore meramente simbolico (*imaginaria venditio*). Il rituale sarebbe del tutto superfluo in un sistema monetario avanzato. Ma il formalismo degli atti liberali perdura e viene reinterpretato dai giuristi, fino a perdere il suo primordiale significato.

Gaio attribuisce l'origine della *mancipatio* a un sistema monetale, meno avanzato di quello in vigore, del quale sembra avere una conoscenza piuttosto superficiale:

Gai. 1.119: *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quedam venditio; quod et ipsum proprium civium Romanorum est. Eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et preterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco.*

La *mancipatio* è definita *imaginaria venditio*, ossia vendita simbolica. Il termine *imaginaria* va a mio avviso, inteso come simbolica, rituale (non certo fittizia, né apparente, né tantomeno astratta²⁴).

²³ Cfr. M. Torelli, *La forza della tradizione. Etruria e Roma: continuità e discontinuità agli albori della storia*, Milano, 2011, p. 11 ss.; A. Corbino, *La risalezza...*, cit., p. 9 ss. e particolarmente 71 ss.; G. Nicosia, *La nascita...*, cit., p. 303 ss. L. Capogrossi Colognesi, *La costruzione...*, cit., p. 51. Sul punto v. D. Kremer, *Trattato internazionale e legge delle dodici Tavole*, in M. Humbert (a cura di), *Le Dodici Tavole dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005, p. 191 ss., la cui analisi mira a dimostrare la precoce assimilazione di principi del diritto privato internazionale nello *ius civile*. In particolare, con riferimento alla *mancipatio* si veda il commento a Tab. 6.3 e 6.4, p. 204 ss. Nello stesso volume anche M. Humbert, *Il valore semantico e giuridico di VSVS nelle Dodici Tavole*, p. 393 ss.

²⁴ Cfr. in senso critico e con la bibliografia ivi citata S. Romeo, *L'appartenenza...*, cit., pp. 138 nt. 27, 180, 249, 258 ss., la quale tuttavia finisce per accogliere

Per gran parte della dottrina la *mancipatio* è, secondo Gaio, *imaginaria venditio* perché fatta per un prezzo (l'*aes* gettato sulla bilancia) che non ha un valore effettivo, ma solo simbolico, mentre il pagamento del prezzo reale, nell'ambito di un più complesso atto di vendita, risulta a quel tempo esterno alla *mancipatio*²⁵.

Il simbolismo persistente della pesatura e consegna del prezzo viene tradizionalmente spiegato con la trasformazione del *mancipium facere*, in origine causale, in atto astratto²⁶.

Si è recentemente rilevato che le interpretazioni della *mancipatio* come originario ed esclusivo atto di trasferimento della 'proprietà' contro un prezzo sono state fortemente influenzate dalle espressioni *imaginaria venditio* e *quasi pretii loco*, utilizzate da Gaio²⁷. E a questa lettura si è giustamente opposto che non sempre, nelle varie applicazioni della *mancipatio*, il prezzo può essere considerato simbolico²⁸.

Le sfasature dell'esposizione gaiana assumono un diverso significato qualora si riferisca la pratica della pesatura a un'età premonetaria, in cui essa ha un ruolo certamente rituale, ma insieme sostanziale²⁹.

A me pare che la pesatura simbolica, piuttosto che collegarsi a un ampliamento della causa negoziale, subentrato indefinitamente nel tempo, rappresenti l'eredità di una complessa forma rituale, originariamente connessa a una caratteristica fondamentale che accomuna le *res mancipi*³⁰: il loro intrinseco, certo e misurabile valore di scambio (valore legalmente stabilito, per motivi legati al censo e quindi certo, da tenere distinto dal prezzo, che è un valore determinato attraverso il *consensus*)³¹.

il significato di vendita fittizia. V. sul punto anche le osservazioni di F. Terranova, *Ricerche...*, cit., p. 138 nt. 246.

²⁵ Cfr. A. Corbino, *La risalezza...*, cit., p. 85 ss.; Id., '*Mancipatio*'..., cit., p. 390.

²⁶ V. nt. 1.

²⁷ A. Corbino, '*Mancipatio*'..., cit., p. 384 ss.; S. Romeo, *L'appartenenza...*, cit., pp. 234, 246, 252.

²⁸ A. Corbino, *La risalezza...*, cit., p. 85 ss.; Id., '*Mancipatio*'..., cit., p. 390. S. Romeo, *L'appartenenza...*, cit., p. 245.

²⁹ G. Nicosia, *La nascita...*, cit., p. 303 ss.

³⁰ Per *res mancipi* intendiamo qui i possibili oggetti del *mancipium* in età arcaica, ovvero i beni che potevano circolare solo nelle forme corrispondenti a quelle della *mancipatio*, sebbene individuabili soltanto attraverso i testi giurisprudenziali di età classica.

³¹ Cic. *Pro Flacc.* 32.80; Fest. voce "*Censui censendo*" (50.27 L.). Si veda in proposito G. Franciosi, "*Res mancipi*"..., cit., p. 381. Cfr. F. Gallo, *La pretesa pubblicità*,

L'esatta misurabilità del valore di scambio delle *res mancipi* implica la necessità della particolare forma rituale della *mancipatio*, che attraverso la pesatura offre un momento di verifica del ristabilirsi di un equilibrio (economico, sociale, giuridico e religioso allo stesso tempo), turbato (realmente o apparentemente, secondo il caso) dalla variazione di situazioni giuridiche certe³² (trasferimento di ricchezza da un nucleo familiare ad un altro, acquisto o perdita di un potere, etc.). L'esigenza della verifica spiega anche l'importanza della pubblicità dell'atto, alla presenza della comunità e, in prosieguo, dei testimoni.

L'apparente incertezza del linguaggio di Gaio, che definisce *quasi pretii loco* l'*aes* consegnato al *mancipio dans*, si ancora forse a una (parzialmente inconsapevole) concezione del metallo come parametro di misura cui rapportare un valore certo, legalmente predeterminato, di cui la pesatura rituale rappresenta un momento di verifica, al suo tempo ormai solo formale e simbolica (*imaginaria*), ma sostanziale in età premonetaria.

Il collegamento del rito con la finalità dell'atto è innegabile, ma bisogna interpretare la causalità in senso assai più ampio di quella dello scambio corrispettivo. Si tratta di collegare la ritualità del *gestum per aes et libram* a una finalità più complessa, ovvero quella di rendere palese (pubblico) dinanzi alla comunità e agli dei, un ripristino degli equilibri, variati attraverso l'atto, con il passaggio di un potere da un soggetto a un altro (o, se vogliamo, col costituirsi di un potere di fronte all'estinguersene di un altro: così nel *nexum*, nella *solutio per aes et libram*³³, e via via nell'attuazione delle diverse cause collegabili a questo tipo di rito.)³⁴

dei trasferimenti nel diritto romano arcaico e classico, in «SDHI», 1957, 23, pp. 174ss., 259ss.; Id., *Studi...*, cit., p. 14 nt. 10, in replica a V. Colorni, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1974, p. 18 ss., nonché C. Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 212 nt. 44.

³² Certe in quanto accertate attraverso il censimento.

³³ Gai. 3.174: «*Adhibentur non minus quam quinque testes et libripens. Deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: QVOD EGO TIBI TOT MILIBVS SESTERTIORVM IVDICATVS SVM, ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQVE HOC AERE AENEAQVE LIBRA. HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQVE EXPENDO SECUNDUM LEGEM PVBLICAM. Deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa*».

³⁴ F. Gallo, *La pretesa...*, cit., p. 174 ss.

Mi pare inscindibile da questo schema originario la necessità dell'accompagnare i gesti con *nuncupationes*, sancita dalle XII tavole, ma probabilmente affermata già nella prassi del preesistente sistema giuridico³⁵ (Tab. 6.1: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*³⁶). Significativa la definizione che dà Gaio della *nuncupatio*, a proposito del *testamentum per aes et libram*: ...*nuncupare est enim palam nominare*³⁷. *Nominare palam* significa scandire pubblicamente, in modo che tutti i presenti (prima i *Quirites* riuniti in comizio, poi i cinque cittadini maschi puberi) siano testimoni della volontà espressa (*nuncupatio*) che si identifica con la causa dell'atto; un atto complesso, fatto di gesti e di parole, alle quali ultime non può essere negata rilevanza rituale, almeno pari a quella dei gesti (si pensi all'importanza dei *certa verba* nelle *legis actiones*)³⁸.

Non stupisce, dunque, che nella *mancipatio* il momento dell'acquisto preceda (e non sia contestuale a) quello della pesatura e consegna del bronzo, come si ricava dalla formula riportata da Gai. 1.119 (*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*), in cui l'affermazione rituale (*ex iure Quiritium*) del proprio acquisto, che è l'effetto principale dell'atto (e ne costituisce fondamentalmente la causa), è anteposto al momento della consegna del bronzo pesato, mentre la dichiarazione successiva (*isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*) sembra integrarsi nella formula come specifica *nuncupatio*, che esprime l'avvenuto acquisto (*emptus*) e al tempo stesso indica il recupero di un equilibrio

³⁵ Sull'identificazione del nucleo fondamentale del *ius Quiritium* con gli atti liberali v. A. Guarino, *L'ordinamento...*, cit., p. 170 ss. *Contra* G. Nicosia, *'Ex iure Quiritium'...*, cit., p. 193 ss.

³⁶ La norma ci fornisce due importanti notizie relative al sistema negoziale romano di età decemvirale: il *nexum* e il *mancipium* rappresentano i prototipi dei *gesta per aes et libram*, mentre le *nuncupationes* permettono gli adattamenti causali necessari. Cfr. S. Randazzo, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, p. 42 e nt. 7; B. Albanese, *Lex mancipii e nuncupatio in due passi ciceroniani (de orat. 1.13.178; de off. 3.16.65)*, in «Ann. Sem. giur. Univ. Palermo», 2003, 43, p. 1 ss.; M.F. Cursi, *La mancipatio e la mancipatio familiae*, in M. F. Cursi (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, I, Napoli, 2018, p. 339 ss.

³⁷ Gai. 2.104.

³⁸ S. Romeo, *L'appartenenza...*, cit., p. 243 ss.; G. Nicosia, *Ex iure Quiritium...*, cit., p. 42.

perduto, attraverso il gesto della pesatura e consegna del bronzo. Non è esplicito, sebbene facilmente deducibile, il riferimento a uno scambio contestuale di cosa contro prezzo³⁹.

Permane, dunque, nell'ottica del II sec. d.C., la verifica della correttezza formale del rito, di cui i cittadini sono testimoni; viene meno la verifica sostanziale del valore dello scambio, che avviene esternamente e parallelamente alla *mancipatio*⁴⁰.

Il momento della verifica (pesatura) diviene meramente simbolico (l'*imaginaria venditio* di Gaio).

L'effetto principale della *mancipatio* è, dunque, quello della costituzione di un potere sull'oggetto (il *mancipium* nelle sue varie sfumature ed intensità).

Alla costituzione di questo potere in capo al *mancipio accipiens*, fa, generalmente, da contrappeso la perdita (reale o apparente) di analogo potere in capo al *mancipio dans*. Il rituale della pesatura e consegna del bronzo, accompagnato dalle opportune *nuncupationes*, rende immediatamente percepibile (*palam*) dalla comunità (e dagli dei) la restituzione gli equilibri turbati⁴¹.

Attraverso la pesatura è disvelato quel valore di scambio dell'oggetto che permette, indipendentemente dalla finalità dell'atto, il riassetamento dell'equilibrio economico, sociale e religioso turbato dal suo effetto.

Il valore di scambio che, in un sistema premonetario, si verifica attraverso la pesatura rituale (rapportando il suo valore a quello del

³⁹ M. Talamanca, *Istituzioni...*, cit., p. 433. Cfr. le osservazioni di A. Corbino, 'Mancipatio'..., cit., p. 383 nt. 11, sul *nexum* e sulla *solutio per aes et libram*, ma anche sulla diversa causa della *coemptio* e della *mancipatio familiae*.

⁴⁰ Un'analisi approfondita del problema della prassi è in S. Romeo, *L'appartenenza...*, cit., p. 123 ss. Fondamentale V. Arangio-Ruiz, *La compravendita...*, cit., p. 187 ss.

⁴¹ Sullo scambio nel mondo antico v. G. De Sanctis, *Storia dei Romani*, I, Firenze, 1965, pp. 81, 220 ss.; M. Mauss, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Torino, 2016, *passim*; L. W. Morgan, *La società antica. Le linee del progresso umano dallo stato selvaggio alla civiltà*, 2ª ed., Milano, 1974, pp. 332 ss., 346 ss.; E. Ciccotti, *Commercio e civiltà nel mondo antico*, Sala Bolognese, 1977, p. 4 s. cfr. anche in proposito le osservazioni di G. Franciosi, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, 6a ed., Napoli, 1999, pp. 101, 114, relativamente al rito della *coemptio*; L. Maganzani, *Romanistica e Antropologia. Per un dialogo interdisciplinare*, in «BIDR», 2012, 106, p. 157.

bronzo), in un'economia monetaria matura, come quella del II sec. d.C. è interpretato *quasi pretii loco*⁴²; l'atto rituale stesso (*mancipatio*) è qualificato come vendita simbolica (*imaginaria venditio*)⁴³.

⁴² A. Corbino, '*Mancipatio*'..., cit., p. 392.

⁴³ Cfr. sul punto soprattutto S. Romeo, *L'appartenenza...*, cit., p. 179, secondo la quale ciò avviene forse proprio a partire dal II sec. d.C., dal momento che il documento in cui è trasfuso l'atto di compravendita ha ormai assunto una funzione non più solo probatoria ma costitutiva.

GIUSEPPE GUARINO

La Spagna e la crisi d'Ungheria del 1956

SOMMARIO: 1. Gli eventi ungheresi del 1956. – 2. La crisi ungherese secondo il regime e la diplomazia spagnola. – 3. Le iniziative del regime franchista. – 4. La società spagnola di fronte alla crisi. – 5. Effetti sullo sport spagnolo. – 6. La crisi secondo la sinistra e il governo in esilio. – 7. Conclusioni.

1. *Gli eventi ungheresi del 1956*

Il presente studio intende illustrare le diverse reazioni governative, diplomatiche, politiche e della società spagnola di fronte alla crisi d'Ungheria del 1956.

La denuncia dei crimini di Stalin da parte di Chruščëv fu preludio alle crisi dei Paesi dell'Europa orientale¹. Mentre in Polonia, con la riabilitazione di Gomulka, si ristabilì rapidamente un nuovo equilibrio, in Ungheria si assisterà alla prima grande crisi del comunismo sovietico. La sostituzione dei vertici del MDP (il Partito dei Lavoratori Ungherese) sull'onda della destalinizzazione favorì l'organizzazione di un corteo di solidarietà nei confronti della Polonia, programmato il 23 ottobre a Budapest da alcuni circoli culturali e studenteschi, tra i quali spiccava il Circolo Petőfi². Il corteo, prima proibito e poi autorizzato *in extremis*, giunse fino alla sede del parlamento magiaro, dove la folla cominciò a reclamare il ritiro delle truppe sovietiche dall'Ungheria, l'uguaglianza nei rapporti con l'Unione Sovietica e il

¹ A tal proposito, cfr. A. Graziosi, *L'Urss dal trionfo al degrado. Storia dell'Unione Sovietica 1945-1991*, Il Mulino, Bologna, 2008.

² Cfr. A.B. Ulam, *Storia della politica estera sovietica (1917-1967)*, Rizzoli, Milano, 1970.

reintegro di Imre Nagy nel partito³. Durante la serata, la polizia segreta ungherese aprì il fuoco sulla folla, che cominciò ad organizzarsi in guerriglia. Nagy fu quindi nominato d'urgenza nuovo capo del governo, mentre i carri armati sovietici facevano la loro prima comparsa a Budapest⁴.

Nei giorni successivi, continuarono ad avvicinarsi scontri armati tra civili, truppe sovietiche e polizia segreta. L'Unione Sovietica, nel frattempo, nominò come segretario di partito un altro epurato, János Kádár. Il 28 ottobre, Nagy riconobbe il carattere democratico dell'insurrezione e, due giorni dopo, sciolse la polizia segreta e annunciò il ritiro delle truppe sovietiche. Fu comunicata, inoltre, l'abolizione del partito unico e la formazione di un nuovo governo di coalizione. Negli stessi giorni, l'attenzione del mondo si spostò però su Suez, dopo l'attacco delle truppe israeliane e anglo-francesi all'Egitto.

Il 1° novembre, Nagy denunciò il patto di Varsavia e dichiarò la neutralità dell'Ungheria, lanciando un inascoltato appello alle Nazioni Unite, impegnate nella risoluzione della crisi di Suez. Il 4 novembre, con un ultimo attacco a Budapest, l'Unione Sovietica arrestò Nagy e le altre cariche politiche magiare, consegnando il potere nelle mani di Kádár e restaurando il regime.

2. *La crisi ungherese secondo il regime e la diplomazia spagnola*

Le relazioni ufficiali tra la Spagna franchista e i Paesi dell'Europa orientale erano sospese sin dal 25 aprile 1945. Madrid manteneva rapporti con legazioni che si rifacevano ai governi pre-comunisti e al potere asburgico. Le democrazie popolari, a loro volta, non riconoscevano il regime franchista e mantenevano relazioni diplomatiche simboliche con la repubblica in esilio⁵.

³ Primo ministro dal 1953 al 1955, Nagy era stato espulso dal MDP per deviazionismo di destra.

⁴ Cfr. V. Sebestyen, *Budapest 1956. La prima rivolta contro l'impero sovietico*, Rizzoli, Milano, 2006.

⁵ M.D. Ferrero Blanco, *El Pacto Polaco-Soviético de 1956. Las Razones político-estratégicas* in C. Flores Juberías (a cura di), *De la Europa del Este al este de Europa*, Universitat de València, Valencia, 2007, p. 639 ss.

L'ufficiosa Legazione Reale Ungherese a Madrid era guidata dall'Incaricato d'Affari Ferenc Marosy sin dall'aprile 1946⁶. Già il 26 ottobre 1956, a tre giorni dall'inizio dei disordini a Budapest, Marosy recapitò un messaggio al ministero degli Esteri spagnolo, pregando il governo iberico di rivolgersi al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite per protestare contro l'intervento sovietico in Ungheria. Ne seguì la consegna di una lettera ad Hammarskjöld, Segretario Generale delle Nazioni Unite, da parte del delegato spagnolo all'ONU Diego Buigas de Dalmau⁷. Nella missiva, la Spagna esprimeva disapprovazione per la «brutale azione delle truppe sovietiche nei conflitti interni di Polonia e Ungheria», chiedendo provvedimenti nei confronti dell'URSS⁸. Quello spagnolo fu il primo governo a rivolgersi al Segretariato Nazionale delle Nazioni Unite sulla questione, provocando la reazione di Washington che, secondo Marosy, non apprezzò la repentinità di tale presa di posizione, riluttante, cioè, a lasciare ad uno stato «fascista» il vanto di agire per primo⁹.

Di conseguenza, su iniziativa di Stati Uniti e Gran Bretagna, il 28 ottobre si tenne una riunione del Consiglio di Sicurezza nonostante l'opposizione del rappresentante sovietico, che ribadiva che i rinforzi russi fossero entrati a Budapest dietro sollecito del governo ungherese¹⁰. L'amministrazione statunitense, però, pur condannando l'intervento di Mosca ed esprimendo solidarietà agli insorti magiari, non minacciò mai direttamente l'Unione Sovietica, in un *modus operandi* condiviso dalle altre potenze occidentali¹¹.

Francisco Franco intervenne nel dibattito il 27 ottobre, in un'intervista rilasciata a Louis Nevin della *Associated Press*. Il *Caudillo* at-

⁶ M.D. Ferrero Blanco, *Franco y la revolución húngara de 1956: la contribución de España en la resistencia frente a la URSS*, in Z. Csikós (a cura di) *Encrucijadas. Estudios sobre la historia de las relaciones húngaro-españoles*, Universidad de Huelva, Huelva, 2013, p. 67 ss.

⁷ M.D. Ferrero Blanco, *La revolución húngara de 1956 según la diplomacia española*, in «Espacio, Tiempo y Forma», 2000, Serie V, n. 13, pp. 335-368.

⁸ United Nations Security Council, *Letter dated 27 October 1956 from the Representative of Spain addressed to the Secretary-General, S/3695*, la traduzione è mia.

⁹ M.D. Ferrero Blanco, *Franco...*, cit., pp. 77-78.

¹⁰ M.D. Ferrero Blanco, *La revolución...*, cit., p. 340 ss.

¹¹ C. Békés, *The 1956 Hungarian Revolution and the Great Powers*, in T. Cox (a cura di) *Hungary 1956 - Forty Years On*, Frank Cass, London, 1997, p. 56 ss.

tacò il comunismo sovietico, considerando l'insurrezione ungherese un successo: «I fatti racchiudono in sé una tale gravità che mi fa credere che il mondo non può rimanere indifferente davanti al sanguinoso intervento degli eserciti russi per sopprimere il desiderio di indipendenza e di libertà di queste nazioni. L'indifferenza costituirà il maggior disonore per tutto l'Occidente». In Spagna, l'intervento comparve sul quotidiano *La Vanguardia Española*¹², con un titolo evocativo ripreso dalle parole dello stesso dittatore: «I popoli che hanno conosciuto la libertà e una vita migliore non possono conformarsi nel vivere miserabilmente sotto la tirannia e il terrore del comunismo sovietico»¹³.

Nei primi giorni di novembre, l'ambasciatore spagnolo a Bonn Antonio María Aguirre comunicò a *Palacio de Santa Cruz* che le truppe dell'Armata Rossa avevano ricominciato a muoversi dopo l'attacco israeliano a Suez e il probabile intervento franco-britannico in Egitto. Aguirre spiegò inoltre che gli insorti di Budapest, pur essendo giovani di un'età massima di venticinque anni, trovavano un appoggio generale da parte della popolazione¹⁴. Tale considerazione si inserisce nell'interpretazione dei fatti da parte della classe politica spagnola, alla quale poco interessavano le richieste che gli insorti facevano al proprio governo o all'Unione Sovietica né importava riportare le diverse sfumature della folla magiara. Gli eventi ungheresi venivano tradotti in Spagna come una semplice opposizione al comunismo, senza alcuna distinzione tra modello sovietico, vie nazionali o altre forme di socialismo¹⁵. Lo stesso Aguirre, pur ricostruendo piuttosto fedelmente gli avvenimenti, faceva riferimento soprattutto ai gruppi clandestini formati da studenti cattolici e anticomunisti, senza alcuna menzione ai movimenti che provenivano dalle strutture politiche della repubblica popolare, come ad esempio il Circolo Petőfi, parte essenziale e numericamente consistente della rivolta di Budapest¹⁶.

¹² *La Vanguardia Española* è un quotidiano catalano nato come organo del *Partido Liberal*, passato su posizioni filofranchiste dopo la fine della guerra civile.

¹³ Cfr. «Los pueblos que han conocido la libertad y una vida mejor no pueden conformarse con vivir miserablemente bajo la tiranía y el terror del comunismo soviético», in «*La Vanguardia Española*», 28 ottobre 1956, la traduzione è mia.

¹⁴ M.D. Ferrero Blanco, *La revolución...*, cit., p. 347 ss.

¹⁵ M.D. Ferrero Blanco, *El Pacto...*, cit., p. 639.

¹⁶ M.D. Ferrero Blanco, *La revolución...*, cit., pp. 347-348.

Nei primi giorni di novembre, la Legazione Reale a Madrid continuava a pressare sul governo spagnolo affinché venissero applicate alcune misure previste con risoluzione ONU, come l'ingresso nella capitale magiara di una Commissione d'Investigazione delle Nazioni Unite¹⁷. Il Ministro degli Affari Esteri Alberto Martín-Artajo Álvarez aveva ricevuto a riguardo una richiesta da parte della rappresentanza spagnola all'ONU, con la quale un anonimo esponente della resistenza ungherese – a suo dire dopo essere stato ricevuto in Santa Sede e dietro consiglio del Papa stesso – chiedeva l'intercessione del governo franchista per l'invio di cinquecento osservatori internazionali. L'obiettivo era quello di costringere l'Unione Sovietica a interrompere delle non meglio precisate deportazioni di giovani ungheresi, rimpatriando coloro che fossero già stati deportati. In tale istanza, ritenuta inverosimile da Artajo, si chiedeva altresì la partecipazione di Madrid alla vigilanza e al controllo delle elezioni ungheresi, che si credeva ancora possibile poter effettuare¹⁸.

Il dibattito in sede ONU ebbe modo di continuare senza alcuna conseguenza concreta fino al 1962¹⁹. In questo periodo, la Spagna utilizzò ogni occasione utile per muovere attacchi all'Unione Sovietica, facendo leva sulla mancata disponibilità di Kádár di discutere circa l'ingresso in Ungheria dei già citati osservatori internazionali²⁰.

3. *Le iniziative del regime franchista*

La Spagna si impegnò in favore dell'Ungheria soprattutto tramite l'invio di aiuti umanitari e l'accoglienza dei rifugiati. La presenza di Marosy a Madrid facilitò le richieste d'aiuto, nonché il sollecito nell'adozione di atti ufficiali per l'accoglienza dei profughi magiari²¹.

¹⁷ M.D. Ferrero Blanco, *La "cuestión de Hungría" en la ONU (1956-1961): un interés primordial de la España franquista*, in «Iberoamericana Quinqueeclesiensis», 2007, n. 5, p. 304 ss.

¹⁸ M.D. Ferrero Blanco, *Franco...*, cit., p. 72 ss.

¹⁹ Á. Anderle, *La intervención española en la revolución húngara de 1956 según las fuentes hispano-húngaras*, in «Historia Actual Online», 2006, n.10, p. 117 ss.

²⁰ M.D. Ferrero Blanco, *La "cuestión de Hungría" ...*, cit., p. 304 ss.

²¹ M.D. Ferrero Blanco, *Franco*, cit., p. 71 ss.

Avvalendosi del supporto di organizzazioni come Caritas e Croce Rossa, gli spagnoli inviarono in Ungheria alimenti, vestiario e altri generi di prima necessità²².

Le iniziative di solidarietà arrivavano anche dalla società civile. Il consiglio provinciale della Falange di Saragozza, ad esempio, aprì una sottoscrizione in favore dei «patrioti e cattolici ungheresi», offrendosi come destinazione per «tutti i rifugiati ungheresi che desiderino accogliere questa offerta»²³.

In un report del Consiglio del Nord Atlantico datato 17 aprile 1957, si specifica che la stragrande maggioranza dei Paesi dell'Europa centro-orientale (e in particolare Austria e Ungheria) fossero attanagliati dalla presenza di richiedenti asilo ungheresi. Nel paragrafo dedicato alla Spagna, si puntualizza che il governo franchista si fosse offerto di accogliere un numero indeterminato di «madri e bambini» magiari, nonché di fornire asilo temporaneo ai rifugiati in transito verso l'America Latina²⁴. Madrid garantì questo traffico temporaneo a patto che l'Austria si impegnasse a riaccogliere i rifugiati in caso di mancato prosperamento degli stessi nei Paesi del Nuovo Mondo, con condizioni simili a quelle imposte a Vienna da Svizzera e Paesi Bassi²⁵. La Spagna contribuì inoltre all'ICEM (*Intergovernmental Committee for European Migration*) con diecimila dollari destinati alla gestione dei migranti ungheresi²⁶. Il numero totale di rifugiati magiari si attestò su un numero compreso tra le cinquemila e le settemila unità²⁷.

L'accoglienza di profughi fu favorita anche da alcune richieste d'asilo individuali *d'élite* garantite dalla Legazione Reale di Marosy, che presentò a Madrid anche alcune invocazioni di aiuto «di altro tipo», dovute alla particolare considerazione che il governo ungherese in esi-

²² M.D. Ferrero Blanco, *La revolución...*, cit., p. 353 ss.

²³ Cifra, *En favor del pueblo húngaro Zaragoza ofrece alojamiento a los refugiados del pueblo mártir*, in «La Vanguardia Española», 7 novembre 1956, la traduzione è mia.

²⁴ North Atlantic Council, *Report on Hungarian Refugees*, C-M(57)65.

²⁵ M. Zieck, *The 1956 Hungarian Refugee Emergency, an Early and Instructive Case of Resettlement*, in «Amsterdam Law Forum», Spring Issue, 2013, vol. 5, n. 2, pp. 45-63.

²⁶ North Atlantic Council, *Report on Hungarian Refugees*, C-M(57)65.

²⁷ M. Eiroa San Francisco, *España, refugio para los aliados del Eje*, in «Ayer», 2007, n. 67, pp. 32-33.

lio nutriva per il regime di Franco. La Spagna, nel particolare contesto della guerra fredda, era vista come un punto di riferimento dell'anticomunismo mondiale, in grado di fornire un appoggio sostanziale nell'opera di liberazione dell'Ungheria dal dominio sovietico²⁸.

Il 3 novembre, il segretario della Lega Ungherese d'America a Washington Béla Bácskai prese contatti con Marosy per sondare il terreno riguardo alla possibilità di acquistare *tubos de chimenea* in Spagna (letteralmente "canne fumarie", in realtà granate anticarro²⁹) per un valore di cinquecentomila dollari. Il piano prevedeva che tali armi fossero paracadutate sul territorio ungherese grazie a gruppi di aviatori volontari. A pagare le forniture, secondo Bácskai, sarebbero stati gli ungheresi in America, specificando tuttavia che in nessun modo sarebbe dovuta emergere la fonte di tale richiesta, né alcun legame con gli Stati Uniti. Marosy confermò a Bácskai che le armi richieste fossero effettivamente disponibili in Spagna, ma suggerì di acquistare al loro posto delle granate anticarro predisposte per il lancio da fucile. Questi armamenti potevano però essere venduti solo previa autorizzazione dello Stato Maggiore spagnolo. Quindi, dopo la richiesta presentata dal titolare del trono d'Ungheria, Otto d'Asburgo, Franco approvò la vendita delle forniture, predisponendo anche l'invio in Ungheria di un battaglione volontario. Il nuovo piano prevedeva la spedizione di uomini e mezzi (le granate richieste più l'aggiunta gratuita di diecimila fucili) verso la città di Sopron tramite l'utilizzo di aerei statunitensi in grado di coprire la distanza con l'Ungheria senza soste per il rifornimento, che Bácskai aveva provveduto a richiedere a Washington. Successivamente, il piano fu elaborato in un'ultima formulazione che programmava l'arrivo di tre aerei spagnoli all'aeroporto militare statunitense di Monaco di Baviera, base di rifornimento. Gli Stati Uniti, tuttavia, non autorizzarono alcuna missione di armi e uomini in Ungheria, portando la Spagna verso l'annullamento dell'operazione e l'astensione da ulteriori iniziative simili³⁰.

Secondo Marosy, i volontari pronti a partire per la missione ungherese erano decine di migliaia, provenienti dall'emigrazione magiara in Spagna, Canada e Inghilterra ma comprendenti anche giovani

²⁸ M.D. Ferrero Blanco, *La revolución...*, cit., p. 354.

²⁹ Á. Anderle, *op. cit.*, p. 118 ss.

³⁰ M.D. Ferrero Blanco, *Franco...*, cit., p. 87 ss.

spagnoli. Negli stessi giorni, András Zákó si recò in visita a Madrid. Già croce frecciata, era comandante della Fraterna Associazione dei Soldati Ungheresi (*Magyar Honvédek Bajtársi Szövetsége*), formata da ex militari filo-nazisti. Secondo Marosy, dopo l'intervento sovietico del 4 novembre, Zákó presentò allo stato maggiore spagnolo un ulteriore progetto per rimpinguare le forze ribelli in Ungheria, senza trovare accoglienza per via dei veti statunitensi. Tale presenza dimostra inoltre che le tesi dei sovietici riguardo ad una possibile natura fascista della sollevazione non fossero affatto infondate. L'interesse, la partecipazione e il supporto alla rivolta di elementi freccio-crociati, d'altronde, non poteva che andare in questo senso³¹.

In ogni caso, secondo l'ambasciatore spagnolo a Vienna José Sebastián de Erice, fino alla fine di novembre i russi temevano ancora la possibilità di un intervento militare occidentale, tanto da organizzarsi con l'acquisto di nuovi carri armati e armi da fuoco, in quantità sproporzionate rispetto ai mezzi dei guerriglieri urbani. Erice, tra l'altro, fornisce una visione molto personale dei fatti, individuando nel dittatore jugoslavo Tito uno dei principali ispiratori e fomentatori della rivolta contro il regime magiaro. La stessa insurrezione, secondo l'ambasciatore, aveva assunto un carattere anticomunista soltanto al di fuori di Budapest, mentre la capitale rimaneva strettamente legata al partito. Anche José Félix de Lequerica, delegato permanente spagnolo all'ONU, riconobbe che tra gli insorti abbondavano elementi comunisti ed operai, escludendo un carattere "fascista" della sollevazione popolare. In un rapporto del settembre 1957, lo stesso Lequerica attribuì con orgoglio enorme importanza all'immediata azione in sede ONU portata avanti sulla questione dal governo spagnolo. Furono inoltre evidenziate, tra le altre, alcune forzate somiglianze con le ingerenze sovietiche durante la guerra civile spagnola, quando Mosca aveva contribuito alla formazione delle Brigate Internazionali in supporto del governo repubblicano. La Spagna identificava l'ingresso delle truppe sovietiche a Budapest come un abuso non autorizzato dal Patto di Varsavia, contrario alla Carta delle Nazioni Unite: un intervento straniero in un Paese sovrano che non aveva posto in essere alcuna minaccia concreta. Agli Stati Uniti Lequerica imputava una

³¹ Á. Anderle, *op. cit.*, p. 118 ss.

«brutale indifferenza» capace di minare il prestigio americano tramite una contagiosa mancata presa di posizione da parte di Washington³². A differenza della maggior parte degli osservatori spagnoli, sia Erice che Lequerica evitarono di dare alla rivolta una connotazione anti-comunista, considerando principalmente il suo carattere anti-sovietico.

L'attivismo spagnolo in sede ONU, invece, era visto in maniera differente dall'emigrazione ungherese. La “vecchia emigrazione” era legata a Horthy e alla destra autoritaria e monarchica, appoggiando quindi con entusiasmo le dimostrazioni di solidarietà provenienti da Madrid ma anche da dittatori latinoamericani come Batista, Trujillo e Stroessner. La “nuova emigrazione” era invece composta da personalità di sinistra in contrasto con il regime ungherese-sovietico che, in certi casi, erano state addirittura parte attiva della rivolta. Ci riferiamo a figure come Béla Király e Anna Kéthly, rispettivamente ex comandante in capo dell'esercito nella difesa militare di Budapest e ministro del governo pluralistico di Nagy, che miravano alla costituzione di un'Ungheria repubblicana e democratica, rifiutando sia la solidarietà anticomunista spagnola che quella dei dittatori latini³³.

Quanto all'atteggiamento di Franco, secondo Eiroa San Francisco, il dittatore aveva utilizzato la crisi ungherese per rivendicare una collocazione nel mondo diviso dalla Guerra Fredda, ostentando la propria appartenenza al campo occidentale. Nella paura del pericolo sovietico, il *Caudillo* fu inoltre capace di consolidare la sua dittatura e l'autocrazia interna³⁴.

4. *La società spagnola di fronte alla crisi*

In Spagna, le manifestazioni di solidarietà nei confronti degli insorti magiari proliferavano anche diversi mesi dopo la fine della crisi. Nel gennaio 1957, durante uno sciopero per l'aumento dei salari, gli studenti del *Sindicato Español Universitario* riuniti in assemblea a Barcellona, invocarono libertà per il popolo ungherese, ponendo

³² M.D. Ferrero Blanco, *La revolución...*, cit., p. 356 ss.

³³ Á. Anderle, *op. cit.*, p. 122.

³⁴ M. Eiroa San Francisco, *España en el marco de las crisis mundiales de 1956*, in «Historia Actual Online», 2006, n.10, p. 140 ss.

anche in essere un'interessante contestazione al regime franchista. Come riporta Muniesa, uno degli slogan gridati dalla folla recitava «In Ungheria non c'è libertà! In Spagna nemmeno!»³⁵.

Marosy rivelò che la società spagnola mostrò solidarietà nei confronti dell'Ungheria tramite un incremento delle donazioni volontarie, ma anche con la celebrazione di messe, veglie e sessioni di preghiera per la popolazione magiara. Il programma radiofonico ungherese in Spagna fu prolungato per l'alto numero di richieste degli ascoltatori³⁶.

Le numerose manifestazioni di solidarietà in favore dell'Ungheria ebbero grande rilievo sulla stampa spagnola che, sin dai primi giorni della rivolta, vide la proliferazione di richieste di sottoscrizioni per l'invio di aiuti ai ribelli magiari. Ampio spazio fu dato agli appelli provenienti dagli ambienti cattolici, dai rappresentanti locali al Papa. I quotidiani spagnoli diedero inoltre grande risalto all'azionismo di Madrid in sede ONU³⁷.

Il primo trafiletto dedicato alla situazione ungherese comparve il 24 ottobre nelle pagine interne di *ABC*³⁸, con riferimento ad «agitazioni antisovietiche» a Budapest, prive di dettagli per mancanza di notizie certe a causa di un'interruzione dei servizi telegrafici e telefonici con la capitale magiara³⁹. Anche *La Vanguardia Española*, nella prima giornata, trattò il tema ungherese soltanto marginalmente e nelle pagine di opinioni sulla questione polacca. Il quotidiano catalano notò comunque un progressivo evolversi della situazione: «Ungheria: anche qui il ritmo accelera [...]. E permetteteci di notare, ancora una volta, che la manifestazione dimostrativa degli studenti di Budapest conferma, di nuovo, la nostra affermazione riguardo al fallimento del comunismo in uno dei suoi più cercati campi di sperimentazione: i giovani»⁴⁰.

³⁵ B. Muniesa, *Dictadura y monarquía en España. De 1939 a la actualidad*, Ariel Historia, Barcelona, 1996, p. 70, la traduzione è mia.

³⁶ Á. Anderle, *op. cit.*, p. 117.

³⁷ A. Martínez de las Heras, *El reflejo de la revolución húngara de 1956 en la prensa española de la época*, in «Iberoamericana Quinceeclesiensis», 2007, n. 5, pp. 35-72.

³⁸ *ABC*, edito a Madrid, è uno dei quotidiani spagnoli più influenti, di area cattolico-conservatrice.

³⁹ Efe, *Graves disturbios antisovieticos en Hungría*, in «ABC», 24 ottobre 1956.

⁴⁰ S.N., *La «reestalinización» es imposible*, in «La Vanguardia Española», 24 ottobre 1956, la traduzione è mia.

I giornali della sera del 24 ottobre videro poi la comparsa delle prime notizie riguardanti il vero e proprio scoppio della rivolta. Su *Informaciones*⁴¹ si annunciava la «situazione straordinariamente grave» di Budapest, titolando sullo «stato di guerra» della nazione ungherese. Sulla testata concorrente *Pueblo*⁴² comparve il titolo «Battaglia nelle strade di Budapest». Tali notizie non fungevano soltanto da strumenti di regime, ma rispondevano anche alla fame mediatica dei lettori, che trasformò la tragedia ungherese in una forma di intrattenimento⁴³.

La stampa spagnola si rifaceva soprattutto a notizie di seconda mano, spesso rimbalzate da agenzie di altri Paesi. *ABC* del 25 ottobre riportò notizie provenienti dai corrispondenti a Washington e Londra. Jacinto Miquelarena, inviato del quotidiano madrileno nella capitale britannica, salutava il governo Nagy con un certo scetticismo: «Mosca domina di nuovo l'Ungheria – e la Polonia – e tornerà ad imporre il terrore ai suoi protettorati. Questo è, disgraziatamente, il pronostico»⁴⁴.

La Vanguardia si distaccava da questo pessimismo, salutando il successo dei giovani manifestanti ungheresi e guardando con entusiasmo alla figura del *prohombre* Nagy, espressione di un «comunismo liberale» accolto con discreto interesse: «questi fatti portano verso l'impressione che la ribellione d'Ungheria stia terminando, anche se il suo impatto nella politica del blocco sovietico sarà colossale. Intanto, la nomina di Nagy [...] obbligherà a determinate modifiche della linea fino ad ora seguita». Nello stesso *report*, la rivolta fu identificata come «nazionalista» e «anticomunista», riconoscendo la relativa liberalità di Nagy come un accettabile compromesso tra il popolo ungherese e l'Unione Sovietica⁴⁵. Anche di Kádár, all'atto della nomina a primo segretario del MDP, *La Vanguardia* parlò di un «liberale» che

⁴¹ *Informaciones*, edito a Madrid, è stato un quotidiano vespertino espressione della destra sin dai tempi della Seconda Repubblica.

⁴² *Pueblo*, edito a Madrid e organo dell'Organización Sindical Española, è stato un quotidiano vespertino spagnolo.

⁴³ A. Martínez de las Heras, *op. cit.*, pp. 37-53, la traduzione è mia.

⁴⁴ J. Miquelarena, *Guerra civil en Hungría*, in «ABC», 25 ottobre 1956, la traduzione è mia.

⁴⁵ S.N., *Boletín del día*, in «La Vanguardia Española», 25 ottobre 1956, la traduzione è mia.

sostituiva lo «stalinista» Gerő⁴⁶. Il quotidiano catalano dedicò inoltre una certa attenzione alle reazioni dei governi esteri. Non mancarono riferimenti all'India, all'Australia e alla Gran Bretagna, ma il dibattito sviluppatosi in Italia e Francia fu seguito con particolare interesse. I contrasti che interessarono PCI e PSI trovarono spazio sulle pagine della testata di Barcellona⁴⁷, in cui furono riportate anche le dichiarazioni del ministro degli Esteri italiano Gaetano Martino, che condannava la «brutale mattanza avvenuta in Ungheria»⁴⁸.

La società spagnola continuava a mostrare la sua vicinanza al popolo magiaro soprattutto tramite manifestazioni di solidarietà e raccolta di aiuti economici e alimentari. Il quotidiano *Informaciones* riportò la notizia della comparsa di una bandiera ungherese con fascia nera, in segno di lutto di fronte alla sede centrale del *Movimiento Nacional*, nella Calle Alcalá di Madrid. Veniva inoltre sottolineato che, in virtù della comune fede religiosa, le organizzazioni cattoliche fossero particolarmente attive, alternando sessioni di preghiera, manifestazioni pubbliche, raccolte fondi e mobilitazioni umanitarie⁴⁹. Il mondo culturale spagnolo contribuì alle dimostrazioni di solidarietà: nel 1958 uscì al cinema il film *Rapsodia de sangre*, diretto da Antonio Isasi-Isasmendi. Si tratta di una ricostruzione fedele degli avvenimenti di Budapest e, pur essendo stato girato in Spagna, presentava inserti di fotogrammi autentici provenienti dalla capitale magiara. Nonostante fosse una pellicola «di regime», mostra episodi di brutalità anche nei ranghi rivoluzionari, ostentando la non indifferenza del franchismo nei confronti delle questioni dell'Europa Orientale⁵⁰.

Il discorso della stampa nazionale spagnola, nel suo complesso, seguì compattamente le direttive del regime, mostrando una società vivamente appassionata al tema, specie se legato all'anticomunismo e alla difesa della religione cattolica. Le iniziative provenienti dalle or-

⁴⁶ Efe, *Geroe (estalinista) destituído del puesto de primer secretario del P.C.*, in «La Vanguardia Española», 26 ottobre 1956.

⁴⁷ J. Moriones, *Ecos de la sublevación*, in «La Vanguardia Española», ottobre 1956.

⁴⁸ Efe, *El pacto de Varsovia no justifica la intervencion rusa, dice Martino*, in «La Vanguardia Española», 27 ottobre 1956.

⁴⁹ A. Martínez de las Heras, *op. cit.*, pp. 45-82.

⁵⁰ A. Lénárt, *La imagen de Hungría en el cine franquista*, in «Acta Hispanica», 2014, n. 19, pp. 101-111.

ganizzazioni politiche, studentesche, religiose e sportive erano fortemente incoraggiate dalla stampa di sistema, che le rese funzionali alla narrazione. Una parziale eccezione è costituita da *La Vanguardia* che, pur conformandosi all'operazione, sviluppò un dibattito maggiore sulle teorie delle vie nazionali al comunismo, offrendo una lettura più complessa su una questione che si sarebbe trascinata sulla stampa fino al termine dell'anno.

5. Effetti sullo sport spagnolo

Sin dal 27 ottobre, in Spagna comparvero alcune notizie su Ferenc Puskás, celebre calciatore ungherese militante nell'Honvéd di Budapest, che veniva dato per morto negli scontri della capitale magiara⁵¹. La notizia fu smentita qualche giorno dopo da un comunicato dello stesso Puskás, che rassicurò gli appassionati di calcio sulle proprie condizioni e su quelle dei suoi compagni di squadra⁵².

Il 7 novembre, l'Honvéd avrebbe dovuto disputare una partita di Coppa dei Campioni a Budapest, contro l'Athletic Club de Bilbao. La partita fu rimandata a causa dello scoppio della rivolta, facendo sì che venisse giocato prima il "ritorno" di Bilbao, il 22 novembre. La prevista e mancata gara di andata fu disputata a Bruxelles su campo neutro il 20 dicembre successivo. In seguito a quest'ultimo evento, i calciatori ungheresi approfittarono della popolarità dell'insurrezione del proprio Paese in Europa e della compiacenza del governo di Madrid: senza far ritorno in patria, diedero vita ad una piccola diaspora nel Paese iberico. Lo stesso Puskás, avviando una *querelle* con FIFA, UEFA ed autorità calcistiche magiare, rifiutò di rientrare in Ungheria e, dopo aver vissuto per breve tempo in Italia, nel 1958 venne ingaggiato dal Real Madrid. Avrebbe poi ottenuto la nazionalità spagnola, comparando anche in pubblico al fianco di Franco⁵³.

⁵¹ ¿Ha muerto Puskas en los disturbios de Budapest?, in «El Mundo Deportivo», 23 ottobre 1956.

⁵² Puskas sin novedad al igual que los jugadores del Honved, in «El Mundo Deportivo», 31 ottobre 1956.

⁵³ B. García García, R. Llopis-Goid e A. Martín, *The Contribution of Real Madrid's First Five European Cups to the Emergence of a Common Football Space*, in W.

I fatti d'Ungheria si ripercossero anche sui giochi della XVI Olimpiade, disputati a Melbourne dal 22 novembre all'8 dicembre 1956. Il 6 novembre, la *Delegación Nacional de Deportes*, dietro istruzioni della segreteria del *Movimiento Nacional*, comunicò la volontà di «sospendere l'invio di una rappresentanza di atleti spagnoli», affermando che «nel prendere questa decisione si ritiene di interpretare i sentimenti del popolo spagnolo, che non è d'accordo nel partecipare ad una Olimpiade in circostanze come quelle attuali, nelle quali si sta calpestando la dignità e l'indipendenza di popoli sovrani e che culminano con la sanguinosa invasione dell'Ungheria, decretata dal comunismo internazionale, che tanto ci ricorda ciò che vent'anni fa tentarono di fare nella nostra patria [...]. Per questi motivi [...], non si possono rendere compatibili gli orrori sanguinari con sfilate congiunte, occasioni mondane e festeggiamenti, sorrisi di circostanza e ipocriti saluti, che cercherebbero di mascherare una situazione mondiale in contrasto con i più elementari principi di diritto internazionale e di rispetto della persona. La Spagna, quindi, sarà assente dall'Olimpiade di Melbourne come segno di protesta e per la riaffermazione dei principi che possono servire esclusivamente alla pace e all'armonia dei popoli, dei quali lo sport olimpico deve essere esponente fedele»⁵⁴.

6. *La crisi secondo la sinistra e il governo in esilio*

Il governo spagnolo in esilio a Parigi, guidato dall'esponente dell'*Unión Republicana* Félix Gordón Ordás e per mezzo del ministro degli Esteri Fernando Valera Aparicio, il 15 novembre emise un comunicato sulla situazione ungherese, comunicando la propria solidarietà nei confronti degli insorti⁵⁵. Richiamando la guerra civile, recitava: «è naturale che il popolo spagnolo sia più sensibile di tutti al problema ungherese, per essere stato esso stesso vittima, vent'anni fa, di una simile disavventura, le cui conseguenze ancora perdurano». Il

Pyta e N. Havemann (a cura di), *European Football and Collective Memory*, Palgrave Macmillan, New York, 2015, p. 95 ss.

⁵⁴ *España no tomará parte en los juegos olímpicos*, in «El Mundo Deportivo», 7 novembre 1956, la traduzione è mia.

⁵⁵ M.D. Ferrero Blanco, *Franco...*, cit., p. 75.

comunicato conteneva un piano dettagliato che, si precisava, avrebbe potuto funzionare anche vent'anni prima, per dare una soluzione alla questione spagnola. Fu inviato a personaggi come Churchill, De Gaulle, Sartre, Camus e Mitterand. Nel progetto, la Spagna repubblicana proponeva l'evacuazione dell'esercito sovietico e la neutralizzazione dell'Ungheria, insieme a un piano di prestiti internazionali, all'indizione di libere elezioni e alla garanzia di diritti politici e libertà civili, politiche e religiose⁵⁶.

Al di fuori del governo in esilio, il *Partido Comunista* seguì l'impostazione di gran parte degli altri partiti comunisti europei (con le eccezioni di Belgio, Norvegia e Danimarca⁵⁷), schierandosi a favore dell'intervento sovietico. Il PCE inviò un telegramma al PCUS in «appoggio all'Unione Sovietica nel compimento di un doloroso e inevitabile dovere» nei confronti dei «lavoratori rivoluzionari» e del «governo operaio e contadino» d'Ungheria. La segretaria di partito, Dolores Ibárruri, identificò la rivolta come «controrivoluzione e terrore fascista», condannando i moti di protesta, rei di voler ripristinare il regime hortista tramite l'utilizzo di «milioni di dollari che il governo yankee destina alla lotta contro il comunismo e le democrazie popolari». La *Pasionaria* attaccò lo stesso MDP, con l'accusa di voler sacrificare il cammino verso il socialismo in un attacco di «spavalderia settaria» di cui la «reazione fascista» aveva approfittato per assaltare il «regime popolare»⁵⁸. Tale passaggio mette in chiaro la posizione radicale della segreteria del PCE, che negava qualsiasi possibilità di uno sviluppo autonomo del comunismo rispetto alla guida moscovita.

Nel mondo comunista spagnolo, una voce di dissenso giunse da Pablo Picasso, che si schierò contro l'invasione sovietica, come Camus e Sartre in Francia e Calvino e Vittorini in Italia⁵⁹.

Il *Partido Socialista Obrero Español* seguì una strada diversa da quella comunista, pubblicando un comunicato che esprimeva solida-

⁵⁶ Á. Anderle, *op. cit.*, p. 121, la traduzione è mia.

⁵⁷ F. Argentieri, *Ungheria 1956. La rivoluzione calunniata*, Marsilio, Venezia, 2006, p. 68 ss.

⁵⁸ D. Ibárruri, *No podemos ser neutrales frente al fascismo*, in «Mundo Obrero», 1956, a. XXV, 10, la traduzione è mia.

⁵⁹ P. Gutiérrez-Álvarez, *La revolución húngara de 1956*, in «El Viejo Topo», 2006, 224, pp. 44-57.

rietà nei confronti della «eroica lotta del popolo polacco e del popolo ungherese contro la tirannia russa che li schiavizza». I socialisti condannarono l'intervento sovietico, asserendo che «di fronte a questa tragica situazione, nessuno può tacere senza convertirsi in complice dell'oppressione. [...]. Il PSOE e la *Unión General de Trabajadores*, che sanno per dolorosa esperienza quello che costa difendere la libertà e l'indipendenza, [...] inviano la loro totale solidarietà agli eroici lottatori di Polonia e Ungheria»⁶⁰.

La stampa clandestina socialista diede ampio spazio alla questione ungherese, ponendosi in una sorta di terza via rispetto alla stampa di regime e al PCE. Il PSOE sosteneva la rivolta di Budapest e le sue ragioni, condannando l'oppressione dell'Unione Sovietica quanto quella del regime franchista. Su *El Socialista* del 1° novembre 1956 si legge che «la prospettiva del tempo affermerà una volta ancora la convinzione che il fascismo e il cosiddetto comunismo sovietico sono manifestazioni di uno stesso fenomeno storico e che i loro antagonismi non sono altro che una gara per il medesimo obiettivo: quello di dominare le masse assoggettandole con il fanatismo e il terrore»⁶¹.

Non a caso, *El Socialista* commentò con sarcasmo la già citata intervista di Franco alla *Associated Press*, imputando al *Caudillo* una certa ipocrisia: egli condannava l'intervento sovietico in Ungheria, ma nella sua ascesa si era avvalso delle missioni dei volontari tedeschi e italiani⁶². I socialisti attaccarono anche la doppiezza del mondo cattolico e di papa Pio XII, che pur esprimendosi contro l'ingerenza straniera in Ungheria, a suo tempo aveva «benedetto Franco vincitore»⁶³.

La distanza tra socialisti e comunisti spagnoli si allargò con l'appoggio del PCE all'invasione sovietica. Il comunista Fernando Claudin accusò il PSOE di utilizzare i fatti d'Ungheria come pretesto per «creare nuovi ostacoli all'avvicinamento dei due partiti», paragonando l'atteggiamento dei socialisti a quello dei franchisti⁶⁴. Viceversa, la

⁶⁰ Comisiones Ejecutivas del PSOE y del UGT, *Solidaridad con los pueblos de Polonia y Hungría*, in «El Socialista», 8 novembre 1956, la traduzione è mia.

⁶¹ *Polonia, Hungría...*, in «El Socialista», 1 novembre 1956, la traduzione è mia.

⁶² *Cánicas palabras*, in «El Socialista», 8 novembre 1956.

⁶³ P. Garcia, *No es lo mismo*, in «El Socialista», 8 novembre 1956.

⁶⁴ F. Claudin, *Sobre una respuesta negativa*, in «Mundo Obrero», 1956, a. XXV, 10, la traduzione è mia.

gioventù socialista definì «ripugnante» la posizione del PCE, reo di qualificare indistintamente i propri oppositori come «fascisti», comportandosi alla stessa maniera di Franco che «etichetta come “comunisti” tutti i propri nemici»⁶⁵. Il PSOE, invece, parlò di «adesione al crimine» sovietico da parte dei dirigenti del PCE, accusandoli di essere al soldo di Mosca e bollandoli come «poveri fanatici, con il loro bagaglio di frasi fatte, [che] si sentono ogni giorno in possesso della verità assoluta e considerano come inferiori e disprezzabili coloro che non la condividono con loro»⁶⁶.

7. Conclusioni

Ponendosi come baluardo per la liberazione dei popoli oppressi dal comunismo sovietico, il regime franchista vide nel 1956 ungherese l'occasione per trovare una definitiva legittimazione internazionale e un pieno avvicinamento al campo occidentale. Le stesse proposte d'intervento appaiono come parte integrante di tale obiettivo. La Spagna, pur progettando l'invio di truppe volontarie e prendendo addirittura in considerazione l'idea di costruire un esercito di liberazione, legò la propria azione a quella degli Stati Uniti che, di fatto, ne frenarono sempre le iniziative in nome della coesistenza pacifica.

Le mosse di Franco, sicuramente ben ponderate, miravano inoltre a porre la Spagna come punto di riferimento per gli anticomunisti di tutto il mondo e, in particolare, di coloro che riuscivano a fuggire dai Paesi del blocco orientale. D'altro canto, le operazioni del governo di Madrid erano volte anche a tener vivo il timore del comunismo nella popolazione spagnola.

Non a caso, le uniche azioni concrete poste in essere nell'arena internazionale furono i ricorsi alle Nazioni Unite, in operazioni che consentivano di ottenere una elevata risonanza ma nessun effetto. Tramite i ricorsi e le accuse lanciate durante le sessioni dell'Assemblea Generale, la Spagna riusciva a tenere per sé il ruolo di Paese antico-

⁶⁵ Comisión Ejecutiva de las Juventudes Socialistas, *Declaración de las Juventudes Socialistas*, in «El Socialista», 1 novembre 1956, la traduzione è mia.

⁶⁶ *La adhesión al crimen*, in «El Socialista» 15 novembre 1956, la traduzione è mia.

munista per eccellenza, al fianco degli Stati Uniti e di gran parte dei Paesi del blocco occidentale contro il nemico comune.

La stampa di regime ebbe un ruolo fondamentale: negando la folta presenza comunista tra gli insorti, quella che veniva consegnata al pubblico era l'immagine di una vera e propria lotta di civiltà tra una coraggiosa popolazione inerme (della quale veniva spesso rammentata l'appartenenza alla religione cattolica) e una opprimente potenza straniera disposta a tutto pur di imporre e mantenere il proprio dominio.

A riguardo, è interessante porre ancora una volta in risalto come numerosi commentatori, approfondendo la situazione, collegassero i fatti del 1956 alla guerra civile spagnola, interpretando gli accadimenti – di volta in volta – a seconda della propria personale posizione politica. Se quindi il regime paragonava l'ingresso dei sovietici a Budapest alle Brigate Internazionali, dal governo e dai socialisti in esilio si facevano notare similarità tra l'intervento militare sovietico in Ungheria e quello tedesco-italiano in Spagna. Inedita invece la versione dei comunisti, che dipingevano l'Unione Sovietica come una nazione «protettrice dei popoli», capace di salvare gli ungheresi dal fascismo come anni prima aveva invano tentato di fare con gli spagnoli.

ANGELA ROMBIOLO

La giurisdizione penale e il principio di legalità: il dibattito tra Ottocento e Novecento

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Forma e sostanza del principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale. – 3. La penalistica costituzionale e la visione carrariana del *giure* penale. – 4. L'intervento della difesa nell'istruttoria penale italiana: il processo misto. – 5. Lodovico Mortara: il rapporto tra giustizia, legge e giurisdizione penale.

1. *Premessa*

Il principio di legalità penale, in diritto, è un principio giuridico in base al quale sia il fatto che costituisce reato sia la sanzione che si ricollega alla sua commissione devono essere espressamente previsti dalla legge. Esso viene solitamente espresso con il brocardo latino di origine illuministica «*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*»¹. Un lavoro dedicato al principio di legalità nel diritto penale non ha bisogno di particolari illustrazioni e giustificazioni, dal momento che il senso e l'importanza del tema non possono non apparire evidenti al giurista, allo storico e al filosofo del diritto. L'obiettivo perseguito non è la composizione di un quadro storiograficamente completo degli autori e degli istituti coinvolti nello sviluppo del principio di legalità, bensì di mostrare lo spessore storico-teorico del problema e la molteplicità delle sue impostazioni e delle sue funzioni.

¹ Espressione del giurista latino Ulpiano, raccolta nel *Digesto*, secondo cui non può esservi mai un reato, e di conseguenza una pena, in assenza di una legge penale preesistente che proibisca quel comportamento.

2. *Forma e sostanza del principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*

Il processo di secolarizzazione, ormai impetuoso nel secolo XVIII, accentua la distinzione tra foro interno e foro esterno, separa il peccato dal reato e induce a ripensare i fondamenti del diritto di punire e delle sue modalità di realizzazione². Al centro di un'auspicata, radicale trasformazione del penale viene collocata la legge. È la legge, espressione di una sovranità illuminata dalla luce della ragione, lo strumento capace di disegnare con tassativa precisione la mappa del lecito e del proibito e di attribuire con altrettanto rigore a ciascun reato la pena corrispondente. Alla legge sembra possibile chiedere il raggiungimento di due obiettivi fondamentali: ridisegnare secondo ragione l'area del penale, introducendo una disciplina chiara, sistematica, sorretta da fondamentali principi, e offrire ai cittadini, grazie ai caratteri della scrittura, della chiarezza e della pubblicità, che la legge deve possedere, una conoscenza previa e certa delle conseguenze delle loro azioni. Per essere in grado di raggiungere questi obiettivi, la legge deve essere applicata, dopo essere stata interpretata.

Risulta necessario sottolineare due profili. In primo luogo il carattere essenzialmente moderno del principio di legalità penale; l'inerenza di questo principio alla moderna civiltà occidentale è un dato che viene confermato e colto in tutta la sua problematicità. È ragionevole individuare nell'illuminismo una cesura nei confronti del penale pre-moderno, e un punto di origine, una matrice della modernità penale e in essa del principio di legalità. Emerge in secondo luogo il ruolo strategico del principio di legalità, individuato quale struttura portante e momento di collegamento fra temi diversi e tuttavia concorrenti nell'attribuire all'area del penale la sua specifica configurazione. È imprescindibile un profilo antropologico: l'esigenza di rappresentare l'individuo mettendone in rilievo le prerogative essenziali; il fulcro del discorso non è però l'individuo come tale. Quest'ultimo rappresenta il momento di un processo che ha, ad un suo estremo la costruzione dello Stato, e all'altro estremo il conseguimento del controllo sociale e la realizzazione di una società disciplinata. Ed è sullo sfondo del nesso

² È un indispensabile punto di riferimento G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

individuo-stato-disciplinamento sociale che si sviluppa la penalistica otto-novecentesca e si delineano le diverse strategie penali, emerge la tensione tra «oggettivismo» e «soggettivismo»³, fra costruzione dogmatico-giuridica del reato e analisi antropologica del criminale.

Il principio di legalità penale viene formandosi in stretta connessione con l'instaurazione di una nuova sovranità; non basta celebrare la legge, ma occorre riformarla per renderla congruente con un ordine politico-sociale costruito intorno alla libertà-proprietà del soggetto. Si diffonde nella cultura settecentesca la convinzione di poter immaginare un'alternativa: non un immaginario mondo impossibile, bensì un assetto diverso ma realizzabile, progettato alla luce di alcuni semplici principi costruttivi. La critica dell'esistente e la progettazione di un ordine alternativo si sorreggono a vicenda. La legge ha un ruolo non finale ma strumentale, non vale in quanto tale ma è legittima nella misura in cui promuove, difende e garantisce i diritti naturali dei soggetti; sono i diritti e non lo Stato e la sua legge l'epicentro dell'ordine nuovo. La legge, perché svolga la funzione che ad essa compete, deve essere essa stessa riformata: per un verso deve essere razionalizzata, deve essere chiara, comprensibile, accessibile a chiunque, per un altro verso deve essere plasmata in funzione della libertà, proprietà e sicurezza dei soggetti. Solo in questo modo essa può essere assunta quale componente indispensabile di un ordine nuovo. È in questa prospettiva che prima Montesquieu e poi Beccaria sottolineano l'urgenza di una riforma della legge penale, imponendo questo tema all'attenzione dell'intera cultura europea. Se la sicurezza dei soggetti è il fondamento del diritto di punire, la riforma della legislazione penale deve risolversi in una sistematica riduzione della violenza non necessaria, tanto della violenza repressiva dello Stato quanto della violenza aggressiva dei criminali.

Il passaggio dal regime «antico» al nuovo regime è un passaggio che in tempi diversi e con modalità differenti coinvolge l'intera Europa, includendo, certamente, la ridefinizione del soggetto e dei suoi diritti, e un nuovo tipo di rapporto tra il soggetto e il potere, tra la società e lo Stato, ma implica la tematizzazione di una sorta di sdoppiamento del soggetto: accanto alla classe dei cittadini compiutamente

³ Sulla dialettica tra «oggettivismo» e «soggettivismo» cfr., nel dibattito attuale, le importanti riflessioni di M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.

razionali e autonomi, esiste la classe degli individui eteronomi e pericolosi, e ciascuna di queste due classi intrattiene un diverso rapporto con il potere pubblico. Emergono nella fase della genesi e della prima formulazione del principio di legalità le caratteristiche che fanno di quel principio l'epicentro di una strategia che si misura con tre diversi aspetti della dinamica politico-giuridica: in primo luogo con la sovranità e con le sue trasformazioni istituzionali, in secondo luogo con la strumentazione normativa dell'ordinamento ed in particolare il rapporto tra l'enunciazione delle norme e la loro interpretazione ed applicazione, in terzo luogo con i soggetti, che sono comunque presupposto e fine ultimo dell'intero processo. Sono questi i temi coinvolti dal principio di legalità nel corso del suo sviluppo otto-novecentesco. Per quanto riguarda il primo tema, il nesso sovranità-legalità, conviene tener presente la lunga ombra proiettata dall'immagine hobbesiana della sovranità sulla cultura giuridica della modernità, una cultura che elabora l'idea dello Stato come persona giuridica sovrana e presenta la legge come l'espressione più alta della sua volontà. La trionfante sovranità statale deve però fare i conti con un'esigenza che, a partire dalle rivoluzioni di fine Settecento, trova anch'essa una sua originale legittimità e una sua moderna incarnazione: l'esigenza di porre limiti al dispiegarsi del potere, e di contrapporre all'arbitrarietà del potere la regolarità e la prevedibilità del diritto. La legge racchiude in se stessa una doppia valenza: traduce nella forma del diritto l'onnipotenza del sovrano, ma al contempo ambisce a proporsi come il binario obbligato lungo il quale l'azione dello Stato deve svolgersi o addirittura come una regola cui anche lo Stato deve inchinarsi. È con il duplice volto della legge che si misura la teoria ottocentesca dello Stato di diritto⁴. Lo scenario cambia in Europa quando il liberalismo giuridico cade travolto dai nuovi regimi totalitari. Il potere si dispiega in tutta la sua nuda radicalità e la politica diviene assoluta⁵; ne consegue la riduzione dello Stato a mero strumento, la centralità del partito, la personalizzazione estrema del potere, che cancella la differenziazione delle fun-

⁴ Cfr. P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, pp. 89-170.

⁵ Cfr. A. Pizzorno, *Le radici della politica assoluta*, Milano, 1993, p. 43 ss. L'espressione «politica assoluta» evidenzia l'annullamento della dialettica tra diritto e politica, e la manipolazione illimitata dei soggetti.

zioni statuali e azzerava l'autonomia del giudiziario. Se i totalitarismi spezzano l'equilibrio che l'età liberale aveva creato, svuotando del suo senso il principio di legalità, i regimi costituzionali instaurati nel secondo dopoguerra nell'Europa occidentale, non intendono varare un meccanico ritorno all'indietro o una restaurazione della legalità ottocentesca; al contrario, nasce all'interno del nuovo costituzionalismo un'inedita immagine della legalità, saldamente collegata con il principio dell'intangibilità dei diritti del soggetto. In questo contesto il principio di legalità non può essere semplicemente confermato, ma deve essere ripensato e adattato ad una cultura e una società sensibilmente mutate⁶. Lungi dal dipendere dallo Stato, i diritti fondamentali, enunciati dalla Costituzione, al quale ricondurre e dal quale far dipendere l'intero discorso della legalità, ne costituiscono il supporto strutturale e il criterio di legittimità.

3. *La penalistica costituzionale e la visione carrariana del giure penale*

Il progresso del diritto penale, tema centrale della penalistica civile, è il filo rosso di una vocazione toscana, che dal 1786 al 1853 ha consentito un continuo movimento progressivo della dottrina penale. La ragione di fondo risiede nella capacità dei giuristi e dei loro saperi di trasformare l'esercizio teorico/pratico in «milizia» costituzionale, da intendere quale dimensione strategica e sistematica del loro operare, alla ricerca costante di un difficile equilibrio tra ordine della società, costituzione morale e garanzia della libertà⁷. Francesco Carrara rappresenta, in particolare, tale dimensione, in una fase centrale della riflessione e dell'esperienza ottocentesca. Con riferimento al problema della garanzia costituzionale, Carrara riesce a respingere tanto le illusioni dell'astrattezza quanto i limiti insiti nel mero empirismo⁸, perché capace di individuare i nessi profondi e razionali che legano la

⁶ P. Grossi, *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in «Quaderni fiorentini», vol. XXXV, Firenze, 2006, pp. 1043-1057.

⁷ Questi nessi sono individuati in maniera puntuale e organica da F. Colao, *Avvocati del Risorgimento nella Toscana della Restaurazione*, Bologna, 2006.

⁸ A. Labardi, *La cultura giuridica in Toscana dopo Carmignani*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, p. 321.

dimensione pratica a quella costituzionale e filosofica del diritto penale, e solo attraverso una più completa percezione dei principi potrà discendere un'autentica vocazione ordinatrice. Sommo bene di una nazione è la scienza giuridica, purché progredisca nella via della verità⁹. Il giureconsulto assegna al diritto penale filosofico una valenza costituzionale che ne legittima il fondamento e ne rivela la matrice civile; crede di poter rintracciare la sua naturale legittimità in valori eterni e assoluti, filtrati dalla ragione umana, e trasformati sulla terra in ordine giuridico. Il diritto penale dovrebbe depurarsi della sua storica terribilità e diventare protagonista di un vero e proprio progetto di liberazione dell'uomo. La scienza criminale bene intesa è dunque il supremo codice di libertà, che ha per obiettivo quello di sottrarre l'uomo dalla tirannia degli altri, ed aiutarlo a sottrarsi dalla tirannia di se stesso e delle proprie passioni¹⁰. Il diritto è libertà, si potrebbe dire¹¹. Il diritto penale protegge la libertà umana, e la tutela giuridica rappresenta un concetto cardinale. Quest'ultima, ovvero la necessità assoluta della legge suprema che governa l'umanità, manifesta lo scopo della sanzione penale e ne segna al tempo stesso misure e confini. Il fine della scienza criminale è quello di frenare le aberrazioni dell'autorità sociale nel divieto, nella repressione e nel giudizio, onde questa si mantenga nelle vie della giustizia e non degeneri in tirannia¹². Va sottolineato come il fondamento giusnaturalistico e l'ordine della ragione, preesistente ad ogni tipo di legge umana, abbiano contribuito, nella visione carrariana del *giure* penale a dare sostanza ad una vera e propria dottrina costituzionalistica del diritto e della libertà¹³. In questa sede si cercheranno di evidenziare gli aspetti

⁹ F. Carrara, *Unità di giurisprudenza*, in «Opuscoli di diritto criminale», vol. V, Lucca, 1874, p. 56.

¹⁰ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, con introduzione di F. Bricola, Prefazione alla quinta edizione, Bologna, 1993, p. 33.

¹¹ «La libertà individuale non è che il diritto; e il diritto non è che la libertà. Queste due idee, piuttosto che essere un contenuto l'una dell'altra, si comprendono in un'idea sola, la quale varia secondo il diverso aspetto o interno od esterno sotto il quale si contempla il diritto» (F. Carrara, *Azione penale* (Pisa, maggio 1875), in «Rivista penale», III, 1875, p. 5).

¹² F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Prefazione alla quinta edizione, pp. 31-32.

¹³ Come è noto la dimensione costituzionale del giusnaturalismo carrariano è

del pensiero carrariano che più contribuiscono a dare sostanza alla penalistica costituzionale¹⁴, intesa come peculiare costruzione di una dottrina generale del *giure* penale in una prospettiva liberale. La legge eterna dell'ordine deve guidare la legge umana e la mano del legislatore secondo regole di assoluta ragione. Al giureconsulto non può bastare la 'corteccia' esteriore, egli deve penetrare il senso profondo del concetto; per questo motivo il giurista ha bisogno di profondi studi storici e di una profonda analisi delle leggi coesistenti nel mondo civile¹⁵. La scienza del *giure* penale è in grado di esercitare la sua vocazione costituzionale se si rivela pienamente consapevole del suo ruolo. La scienza penale esercita il suo sindacato non solo sui giudici, che a legge data hanno l'incarico della successiva attuazione, ma essa esercita, inoltre, il suo sindacato sui legislatori, ed insegna loro i modi e i limiti che un ordine superiore di giustizia impone sia dai medesimi rispettato.

Il *Programma di diritto penale* assegna alla scienza giuridica il ruolo elevato di interprete dei precetti della legge suprema e di guida per il legislatore, e se quest'ultimo nel dettare le sue proibizioni altera i precetti commette un abuso di potere e la legge è ingiusta.

La tutela giuridica è la «stella polare», l'«oracolo della ragione». È anarchica la legge che lascia senza difesa o che restringe o perseguita le azioni umane, ed in questo caso diventa addirittura dispotica. L'autorità sociale deve obbedire all'oracolo della ragione e dettare la legge umana conformemente alla suprema legge naturale giuridica. In questa prospettiva la legge promulgata svolge una funzione di garanzia e il legislatore, osserva Carrara, deve stabilire, in primo luogo, la pena da applicare perché tutto deve essere certo.

Il principio di legalità, attorno al quale Carrara definisce la dogmatica del *giure* penale, deve essere pienamente storicizzato per coglierne la complessità, perché complesso è il periodo storico in cui

stata, con diversi accenti, ampiamente evidenziata. Cfr. soprattutto la lineare costruzione di T. Padovani, *Il legislatore alla scuola della ragione. Una introduzione allo studio del Programma di Francesco Carrara*, Accademia Lucchese di Scienze, Lettere ed Arti, Lucca, 1985, p. 12.

¹⁴ Per riprendere e sviluppare, *sub specie constitutionis*, la categoria utilizzata da Mario Sbriccoli.

¹⁵ F. Carrara, *Necessità di profondi studi giuridici*, cit., vol I, p. 97.

esso si trova ad operare, ed inoltre, deve necessariamente agire nella dimensione esistenziale della società.

Carrara pone alcune riflessioni con riferimento all'equilibrio tra i tre poteri: non vi può essere vera libertà se ciascuno non è indipendente nell'esercizio delle sue specifiche funzioni. Il giurista non tollera le usurpazioni del potere esecutivo, ma ritiene ugualmente gravi le eventuali invasioni del potere legislativo nella sfera del potere giudiziario, che detiene un ruolo essenziale.

Francesco Carrara deve essere annoverato tra i liberali più coerenti che l'Italia abbia conosciuto nel XIX secolo; il suo può essere definito un liberalismo nazionale e realista. Talvolta si ricercano le radici del liberalismo italiano in terreni artificialmente astratti, ma il liberalismo di Carrara, al contrario, è puro proprio perché attiene al rapporto concreto tra autorità e libertà. Nel penale il principio di legalità è posto di fronte alla prospettiva politica del liberalismo costituzionale e del garantismo. In Italia, osserva amaramente Carrara si parla spesso di libertà evidentemente senza assegnare a questo termine il giusto valore. Per il giurista il vero liberalismo è il liberalismo giuridico. I seguaci di questa dottrina sono sempre fedeli alla sovranità del diritto: «ognuno sia libero e sicuro nell'esercizio della propria attività finché i suoi atti non ledano i diritti altrui». Nessuna coazione violenta, nessuna repressione è legittima se non è in modo assoluto necessaria per proteggere un diritto aggravato e violato. Ecco il liberalismo giuridico. Quello di Carrara è dunque un liberalismo che non privilegia mai, a priori, i diritti dello Stato. Per questo il suo è un liberalismo del soggetto che privilegia i diritti e le garanzie individuali e si fonda sulla capacità critica dell'uomo esercitata attraverso l'uso della ragione. In Carrara, non a caso, si ritrovano ben sviluppati tutti i grandi temi del liberalismo: la libertà come fine, il potere come mezzo; la critica del costruttivismo rivoluzionario e l'elogio della storia e dell'esperienza (i costumi); una concezione forte del costituzionalismo penale inteso come tecnica della libertà per limitare l'autorità che tende, naturalmente, ad oltrepassare i propri limiti; l'effettiva garanzia dei diritti e delle libertà; la critica di un legislatore pervasivo, che pretende di regolare ogni aspetto della società e che moltiplica senza necessità i suoi interventi; la polemica contro il culto dell'uniformità; il problema dell'equilibrio tra libertà civile e libertà politica, tra libertà degli antichi e libertà dei moderni. Da questi temi discende la penalistica costituzionale di Carrara.

4. *L'intervento della difesa nell'istruttoria penale italiana: il processo misto*

Luigi Lacchè, autorevole studioso e riconosciuto specialista delle complesse tematiche attinenti all'ambito della giustizia, all'interno del suo volume *Non giudicate*, tenta di affrontare, pur rapidamente, alcuni aspetti costitutivi della giustizia nel mondo contemporaneo, osservando il fenomeno giuridico, considerato nelle sue profonde radici storiche. Il problema della giustizia si identifica come quello spazio di identità, per il giurista e per la società, che si trasforma nel tempo, ma rimane cruciale nella sua forte dimensione antropologica. Il diritto/giustizia allarga gli orizzonti del diritto/legalità e mostra l'eterno conflitto tra uomo e società, tra autorità e libertà. Il riferimento al «non giudicare» rappresenta la sovrumanià dell'atto compiuto da chi giudica, e va filtrato attraverso la sensibilità di André Gilde. Questo grande e tormentato intellettuale, vissuto tra Otto e Novecento, ha gettato uno sguardo particolarmente profondo sul problema della giustizia nella società a lui contemporanea. Nel 1912 non gli basta osservare la giustizia, ma assume su di sé la responsabilità di essere giudice di fatto, giurato in una sessione della Corte d'Assise di Rouen. Da questa esperienza trarrà convinzioni e valutazioni critiche sui problemi della giustizia, rispondendo anche ad un'inchiesta del giornale *L'Opinion*; Gilde pubblicherà nel 1914, presso Gallimard, muovendo da questa attività sul campo, i *Souvenirs de Cour d'Assise*, un reportage che racconta casi di ordinaria giustizia. La riflessione dello scrittore francese nasce dai processi in Corte d'Assise. Essa è parte integrante di un discorso che insiste sui processi di costruzione di un'identità giudiziaria degli Stati tra Otto e Novecento e realizza numerosi e complessi percorsi di nazionalizzazione della giustizia. Questa rappresenta un pilastro fondamentale nell'edificazione dell'identità nazionale, e da questo punto di vista è un elemento dall'evidente valenza costituzionale, spesso poco considerato. Nel corso del Diciannovesimo secolo, quando il fenomeno assume una dimensione molto vasta, gli apparati simbolici che vengono perfezionati per rappresentare la nazione coinvolgono fortemente intellettuali, letterati e giuristi. Hanna Arendt, in *Le origini del totalitarismo*, nella parte in cui affronta il problema dell'antisemitismo, dedica un corposo capitolo all'*affaire Dreyfus*, a questo straordinario caso politico-giudi-

ziario, che divise la Francia e non solo, per molti anni, diventando il simbolo e la metafora di conflitti che gettavano le loro radici nel cuore delle società europee. Hanna Arendt vede questo episodio come emblematico di un certo tipo di atteggiamento della società di fronte alla giustizia e come la messa alla prova del principio di eguaglianza di fronte alla legge. L'autrice coglie il rapporto eguaglianza-legge come dimensione nuova della giustizia; è, questa, una dimensione nuova perché ha a che fare con il tema della democrazia giudiziaria «d'opinione» e con i processi di democratizzazione dei sistemi giudiziari.

L'angolo visuale dal quale Lacchè cerca di leggere le trasformazioni della giustizia tra l'età moderna e l'età contemporanea nasce dall'interesse per la figura dell'opinione pubblica, vista come influenza, forza, addirittura un potere costituzionale dello Stato liberale. Si tratta di un processo che ha il suo epicentro in Francia: mentre nel corso del Settecento troneggia la figura retorico/autoritaria del tribunale dell'opinione pubblica intesa come capacità di giudizio non più assorbita nel seno del corpo politico del sovrano, è nel corso dell'Ottocento, invece, che si generalizza l'immagine dell'opinione pubblica in tribunale, ovvero della presenza stabile del pubblico e dell'opinione pubblica nelle corti di giustizia. Balzac, attraverso i suoi romanzi e i racconti realizza una straordinaria spettroscopia dell'*injustice de la loi*. In *Un caso tenebroso*, romanzo giudiziario scritto tra il 1840 e il 1841, Balzac racconta una vicenda oscura di epoca napoleonica, con al centro un rapimento, trame di banditi, poliziotti, spie, la solita mano corruttrice di Joseph Fouché, burattinaio della polizia politica. Lo scrittore, come pochi, sa leggere la struttura del processo, la centralità dell'istruttoria come dimensione del potere e primo baricentro del rito processuale. La fase segreta diventa, però, fonte di illusioni, invenzioni, curiosità; lo scrittore francese è in grado di interpretare lo straordinario scenario di un potenziale strumento di prevaricazione della società borghese/moderna: il Grande Istruttore, che costruisce il suo processo. Il dibattito può diventare *the magic box*: cose all'apparenza insignificanti che potranno diventare immense. La testimonianza di Balzac è tanto più interessante, in quanto si situa, si potrebbe dire, a metà strada tra l'antico regime e il mondo nuovo. Lo scrittore valorizza il tema della giustizia e del processo; è consapevole della rilevanza della giustizia come «grande macchina della società» e dell'importanza dello strumento processuale. L'età di Balzac è an-

che l'età di quell'ordine processuale che il laboratorio francese post-rivoluzionario ha contribuito a sviluppare e codificare. La Francia rivoluzionaria, per la sua vicenda politico-costituzionale appare il più significativo laboratorio europeo quanto ad elaborazione di modelli e profili tecnici. La spinta dell'illuminismo penale, rivolta alla critica dei regimi di giustizia fondati sugli *arcana iuris* e sul dominio politico del ceto togato, sembra poter trovare un esito importante durante la prima fase della Rivoluzione, sostenuto dalle più sensibili correnti dell'opinione pubblica, quando ci si avvia a valorizzare la pubblicità, l'elettività delle funzioni giudiziarie, l'istruzione delle giurie, la riforma dei gradi di giudizio. Pubblicità, oralità, contraddittorio diventano le parole d'ordine. Ci si avvia verso un percorso incentrato su una struttura mista, quale inevitabile punto di raccordo tra la pratica e l'ideologia del processo penale di antico regime e quelle istanze riformatrici di stampo garantistico. Il processo misto appare la formula sintetica, che finirà, per filiazioni ed adattamenti successivi, con il diventare il principale modello ottocentesco di giustizia penale. La formula «processo misto» descrive una struttura dualistica che separa e al tempo stesso combina, una fase istruttoria, dominata dal segreto, dalla scrittura e da un marginale contraddittorio difensivo, con la fase, dopo il rinvio a giudizio, di raccordo e di svolgimento dibattimentale informata ai canoni della pubblicità, dell'oralità e del contraddittorio. Sembrerebbe aver trovato la «quadratura del cerchio», ma basta leggere più attentamente questo schema per rendersi conto della preponderanza della dimensione istruttoria nello svolgimento del processo; si tratta di un sistema pieno di contraddizioni, che comporta una dilatazione dei tempi processuali spaventosa. La convinzione è che tra gli interessi dell'inquirente e gli interessi dell'imputato il giudice istruttore possa svolgere una funzione burocratica di garanzia in grado da rendere non necessaria una presenza costruttrice o almeno critica della difesa tecnica. Alla base troviamo l'idea che le garanzie sono endogene, derivano cioè dalla dialettica ordinamentale, da controlli e filtri posti in essere da una pluralità di organi istituiti dall'ordine giudiziario. Francesco Carrara insisteva sulla mera apparenza del dualismo, affermando che le due figure del PM e del giudice istruttore non formano altro che un'anima sola, e il secondo è un mero strumento di accusa. Gli faceva eco Luigi Lucchini quando osservava che il nostro processo misto (in Italia) cercò solo di coprire

le apparenze del tristo sistema, e ci precipitò, per giunta, nella più deplorabile confusione tra istruttoria e imputazione, fra polizia e potere giudiziario, fra azione penale ed accusa, per il cui monopolio si contrastano a vicenda giudice istruttore e pubblico ministero. Non è un caso se la dottrina più avanzata poneva il problema delle garanzie di difesa sin dalla fase cruciale dell'istruttoria, individuando, con precisione, proprio nel primo biennio rivoluzionario francese la chiave di volta per un possibile ripensamento della forma del processo misto lavorando sulle ragioni di un *continuum* garantistico che avrebbe anche prodotto effetti sostanziali sul funzionamento delle attività di giudizio. Se c'è un luogo che sembra diventare l'epicentro di questo mondo nuovo della giustizia, sempre più spettacolare, fatto di processi clamorosi e di processi infiniti, in grado di sollecitare curiosità e infinite riflessioni, questo è la Corte d'Assise, e l'esperimento di Gilde, non a caso si compie proprio all'interno di tale «laboratorio». Lo stesso Balzac, all'interno dei suoi romanzi pensa a questa straordinaria *machine littéraire*. Balzac comprende che la struttura dicotomica del processo misto favorisce il successo dell'Assise, anche perché la fase istruttoria segreta è ancora dominata da congegni inquisitoriali e dal Grande Procuratore. *L'affaire Lacernaire* è un esempio palese di come un giovane balordo, che si accusa di un gran numero di reati reciti a «fare il personaggio», suscitando la curiosità del pubblico e dei letterati. La celebrità si costruisce nel processo, nell'aula dell'Assise, e al centro troviamo più che i singoli reati, un attore che è in grado di sovvertire le regole del «teatro» giudiziario. Non è certo un caso che a partire dall'Ottocento una parte significativa della letteratura e del teatro e poi, nel Novecento, della produzione per il cinema e la televisione condividano la fonte giudiziaria come specifico materiale drammaturgico. I protagonisti di quest'opera collettiva sono molteplici: il pubblico ministero, la difesa, i testimoni, gli esperti, l'accusato, il pubblico, la stampa, la giuria e il presidente. Inoltre non bisogna dimenticare che i canoni tecnici (oralità, pubblicità, contraddittorio) che alimentano il giudizio in Assise devono fare i conti con limitazioni e strategie di depotenziamento.

La legge sabauda del 1852 sottrae alla giuria, per ragioni di politica internazionale, il reato di offesa contro i sovrani e i capi dei Governi esteri; la legge contro gli anarchici elimina la competenza della Corte d'Assise per le ipotesi di istigazione e a delinquere e i reati

commessi a mezzo stampa. Nel corso degli anni '70 e '80 si fa strada l'idea dell'inadeguatezza dell'Assise nella lotta al dissenso politico. L'art 440 del c.p.p. del 1865 consente alla sezione d'accusa, al termine della fase istruttoria, di rinviare, purché all'unanimità, la cognizione della fattispecie al tribunale correzionale anziché alla Corte d'Assise.

La giuria è senza dubbio l'organo che attira di più l'attenzione e le critiche dell'opinione pubblica ma il *dominus* del dibattimento in Assise è il presidente. Possiede penetranti poteri istruttori, può procedere a tutti gli atti o informazioni che giudicherà utili alla manifestazione della verità, può intervenire sulla lista dei testimoni, interroga gli imputati, accorda la parola, dirige i giurati, ha il potere di prorogare il dibattimento, pone le questioni ai giurati. Il presidente possiede un ampio potere discrezionale, che, come afferma Lucchini sarebbe stato introdotto come un correttivo, un temperamento all'indirizzo accusatorio e popolare dei giudizi in Assise. In realtà si è voluto creare una sorta di contrappeso alle sovrane e insindacabili potestà dei giurati. Lucchini ritiene esorbitante e illogico questo potere, perché contrasta con l'ufficio proprio del presidente, esponendolo ad arbitri e abusi. Il vizio fondamentale non risiede tanto nella necessità di prevedere un potere supplementare in capo al presidente o alla corte, ma nella discrezionalità, nell'assoluto dominio dell'arbitrio e nell'assenza di ogni difesa da parte dell'accusato. I poteri del presidente, a cominciare da quello discrezionale, sarebbero così penetranti proprio per controbilanciare le prerogative della giuria: nella Corte d'Assise si delinea un conflitto tra due «sovranità», dalla soluzione dipende un temperamento tra le ragioni dell'autorità e la tutela delle libertà costituzionali. Gilde osserva che il giudice interrogatore si presenta in udienza con un giudizio già formato sul caso in esame, mentre il giurato non sa ancora nulla, ed è difficile per i giurati non tener conto dell'opinione del presidente. Nonostante tutti questi aspetti problematici, però, è innegabile il fatto che l'Assise diventi il paradigma e il sinonimo stesso di giustizia penale.

È significativa la reazione di Giovanni Carmignani contro la disciplina mista toscana, che a suo dire concedeva ormai troppo spazio alla parola e poco al ragionamento, ovvero costringeva i magistrati e gli avvocati a «fare conversazione», a diventare drammatici attori piuttosto che «oracoli della giustizia». È da sottolineare tale espressione, che richiama la dimensione eroica e costruttrice del giurista

nella tradizione del diritto comune. Se si dovesse individuare nel contesto italiano, un momento capace di testimoniare le tensioni nascenti dal nuovo mondo della giustizia, si potrebbe indicare il 1874, quando venne approvata la più importante riforma organica della giuria. Si tratta di una legge che da un lato consolida e legittima un istituto controverso, dall'altro interviene, in senso restrittivo, sulla pubblicità e sui resoconti della stampa. Non bisogna dimenticare che la giuria ha fatto il suo ingresso nelle aule italiane proprio con l'Editto sulla stampa del 1848, destinato a diventare uno dei pilastri dell'ordinamento liberale italiano. Questo legame è spiegato dal fatto che la giuria è un organo di rappresentanza dell'opinione pubblica nel processo. Tra il 1848 e il 1874 la giuria subisce una graduale metamorfosi: nata come istituzione politico-costituzionale, si afferma come istituzione giudiziaria. La legge sull'ordinamento giudiziario incardina la giuria nella Corte d'Assise e ne amplia la competenza, sia rispetto ai reati politici che alla sfera dei più gravi reati comuni. Lungo questa linea si sviluppa il dibattito italiano tra favorevoli e contrari: gli argomenti addotti, riguardano, quasi tutti, il problema della rappresentatività dell'opinione pubblica. Come istituzione politica la giuria è considerata parte integrante del sistema costituzionale, è l'interprete naturale dell'opinione pubblica. Nel 1899 Sighele aveva pubblicato un saggio sul più enigmatico e inafferrabile dei fenomeni sociali, l'opinione pubblica, che nel mondo moderno ha una grande e pericolosa influenza¹⁶. L'autore vedeva nella stampa il fattore rivoluzionario che ha trasformato le folle dell'antichità nei pubblici moderni; se la folla è una collettività eminentemente barbara, il pubblico è una collettività eminentemente civile e moderna. Un pubblico può degenerare in folla con tutte le conseguenze del caso, infatti quest'ultima non è altro che una forma patologica del pubblico. Il *meneur* del pubblico è il giornalista, che forma e viene al tempo stesso plasmato dall'opinione pubblica. L'onda dell'opinione pubblica, osserva Sighele, travolge fortemente chi vuole mettersi contro di essa, e la stampa rispecchia e non crea i gusti del pubblico.

La pubblicità del processo introduceva un elemento essenziale. L'art. 72 dello Statuto Albertino aveva stabilito, conformemente alle

¹⁶ S. Sighele, *L'opinione pubblica*, in *Mentre il secolo muore*, Palermo, 1899.

leggi, il principio di pubblicità sia per le udienze dei tribunali in materia civile, che per i dibattimenti in materia criminale. Non è un caso se proprio la legge del 1874 sui giurati in Assise diventò l'occasione per intervenire sul tema della pubblicità «mediata». L'art. 49 vietava «la pubblicazione per mezzo della stampa degli atti della procedura scritta, delle sentenze e degli atti di accusa e dei rendiconti o riassunti di dibattimenti dei giudizi penali, prima che sia pronunciata la sentenza definitiva». Luigi Lucchini iniziò subito, dalle pagine della sua *Rivista penale*, la polemica contro l'art. 49, ritenendolo inadatto a raggiungere un obiettivo che solo in astratto appariva giusto: la tutela del processo e della giuria in particolare, dalla curiosità morbosa del pubblico e soprattutto dai resoconti parziali o falsi dei giornalisti. Il pericolo più grave era però l'isolamento della giustizia. Se lo spazio giudiziario, come spazio sacro, è legato all'idea della separazione, l'isolamento deve riguardare chi giudica, ma non la giustizia. La nazionalizzazione giudiziaria inizia, in Italia, con i primi grandi processi degli anni '70. I giornali d'opinione dedicano sempre più spazio alla cronaca giudiziaria e ai dibattimenti. La dimensione costituzionale della pubblicità è al centro del dibattito degli anni Settanta. Nel 1874 Lucchini afferma che scemando la pubblicità dei dibattimenti si fa, in realtà, un passo indietro verso il detestato sistema inquisitorio. Il divieto produceva gravi danni, sottraendo la giustizia alla salutare influenza della pubblicità e predisponendo l'opinione pubblica, orientata da notizie false e parziali, all'errore. Florian coglie bene la natura del problema: la pubblicità delle udienze non è altro che la superficie del fenomeno, è la manifestazione esterna di tutto l'organismo processuale; quindi, per sé, la pubblicità non ha la forza decisiva di produrre il bene o il male. Se l'intero organismo processuale è difettoso, il danno sarà prodotto non dalla pubblicità in sé, ma da ciò che emerge attraverso essa; dunque la pubblicità è un sintomo, ma non la causa della patologia.

I processi di costruzione della società di massa determinano una pressione senza precedenti sulla «macchina della giustizia»; mentre ogni attività umana tende a specializzarsi, la giustizia tende a generalizzarsi, a diventare, cioè, materia per tutti quelli che solo dopo aver letto un articolo di giornale pensano di poter sentenziare su qualsiasi processo. La giustizia è come la politica, ognuno crede di poterne parlare, anche non avendo le competenze adatte e ignorando l'esatta cognizione dei fatti; si tratta della struttura dell'uomo moderno, un

modo nuovo di porsi delle masse rispetto al fenomeno della giustizia. Bisognerebbe isolare lo spazio giudiziario, ma nella logica del positivismo: l'ideale sarebbe avere aule severe, abitate da uomini competenti e capaci, con l'obiettivo di difendere la società da chi ne compromette le condizioni di esistenza, e guarire, se è possibile, colui che l'ha offesa. In quest'aula scientifica dovrebbero esserci tutte le garanzie, perché veramente si faccia giustizia. Sighele, in particolare, attraverso una metafora, ricorda come la giustizia dovrebbe rappresentare e dovrebbe essere una vera e propria medicina sociale.

5. *Lodovico Mortara: il rapporto tra giustizia, legge e giurisdizione penale*

Lodovico Mortara intende ricostruire, attraverso le sue opere, tendenze e sensibilità del pensiero giuridico tra Otto e Novecento, dedicando le proprie energie intellettuali prevalentemente a temi relativi al processo civile e all'ordinamento giudiziario, ma senza smettere di coltivare il suo interesse fondamentale per la dimensione costituzionale e i problemi del perfezionamento degli assetti dello Stato moderno. Tale versatilità è il risultato di un forte ancoraggio ad un interesse di fondo, che consiste nell'osservare il fenomeno «diritto» nei suoi caratteri fondanti e costitutivi. Il punto che interessa Mortara è riflettere sui caratteri sistematici che l'ordinamento giuridico è chiamato ad assumere, al fine di essere strumento di giustizia penale. La funzione punitiva, per Mortara è volta a «tutelare la sicurezza sociale», per questo essa è vera e propria funzione di governo e dà luogo all'attività legittima di quella forza di comando o di coercizione che vi è inerente. Nello Stato democratico tale funzione punitiva si manifesta nella forma di una giustizia penale, che deve necessariamente assumere un carattere giurisdizionale. Va ricordato, infatti, che le attività dello Stato sulla società, ed in particolare sugli individui che la compongono, si manifestano necessariamente come esercizio di diritti soggettivi, intesi come funzioni accordate per realizzare il diritto oggettivo¹⁷; è

¹⁷ L. Mortara, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol I, p. 590. Lo Stato opera in una modalità specifica che si definisce a partire dalla sua connotazione, anche quando eserciti la funzione di governo, come «soggetto di diritto».

quest'ultimo a costituire la vera base dell'ordinamento giuridico, cioè quel sistema di norme regolatrici dei singoli e dello Stato, emanate dal potere pubblico per rafforzare il dato socialmente fondante della cooperazione dei singoli consociati. L'azione punitiva si fonda su un conflitto tra potere dello Stato e diritto del soggetto, per questo essa può essere esercitata solo attraverso lo strumento della giurisdizione¹⁸, la quale ne verifica il legittimo esercizio. Il reato in quanto «fatto antisociale» pone la legittimità dell'azione punitiva dello Stato in termini di un ristabilimento delle condizioni della convivenza civile. La giurisdizione penale si spiega dunque come ordine di grandezza della giurisdizione in generale; se è vero che si distingue quanto ai mezzi di cui si serve per adempiere al proprio compito, essa ha la stessa destinazione delle altre, e cioè dare luogo ad un processo di riconoscimento del sostegno offerto dal diritto oggettivo ad un diritto soggettivo preteso. La centralità della questione giustizia condiziona la nozione della divisione dei poteri che caratterizza lo Stato democratico, infatti quest'ultima è missione fondamentale dei diversi poteri, legislativo, esecutivo e giudiziario, e ciascuno di essi è legittimamente esercitato «solo in quanto a giustizia si conformi»¹⁹. Affinché la legge produca giustizia, la custodia della legge da parte del potere giudiziario appare caratterizzarsi come un compito niente affatto passivo²⁰, e la giustizia va posta a livello dei fondamenti costituzionali dello Stato. Essa resta al centro delle dinamiche sistematiche, ed oltre ad essere prerequisito e base costruttiva dell'ordine legale, conferisce a quest'ultimo anche il necessario carattere dinamico in sede applicativa. La giustizia deve essere chiaramente recepita dalla legge, ed il giudice è chiamato ad interpretare la legge, adottando un metodo critico, improntato ad una valorizzazione del profilo funzionale degli istituti, attraverso un'osservazione in chiave sociologica e storica, al fine di coglierne il

ti subbiettivi pubblici e privati». Nell'esercitare tali diritti soggettivi lo Stato fa vivere il «diritto obbiettivo» che costituisce l'ordine giuridico generale. Attuato dall'«organizzazione sociale, considerata nella sua qualità di comunanza giuridica». Il «diritto subbiettivo» è inteso come «facoltà autorizzata dal diritto obbiettivo per quel che è della sua essenza come per gli scopi, i mezzi e l'estensione del suo svolgimento».

¹⁸ Mortara osserva che la giurisdizione penale è da considerarsi «il più segnalato esempio di perfetta limitazione apposta alla discrezionalità dei poteri di governo».

¹⁹ L. Mortara, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Firenze, 1906, p. 55.

²⁰ L. Mortara, *op. cit.*, p. 21.

valore attuale e le mutazioni sostanziali²¹. Fondamentale è la convinzione che la giurisdizione muta i suoi caratteri in relazione allo stato dell'organizzazione dei poteri pubblici, al carattere fondamentale di questi ultimi e alle forme in cui si svolge la loro operosità; è questo il terreno sul quale Mortara incontra la questione penale, tra corretta applicazione del principio di legalità e necessità di indirizzare, attraverso la giustizia, l'applicazione della legge ai bisogni della società.

²¹ L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. 15.

MARTINA CAPODANNO

Delitto politico?

Lo Stato protegge i suoi interessi attraverso le leggi penali dettate dal regime politico, frutto di una determinata correlazione di forze sociali in ciascun momento storico. In ogni collettività organizzata, la volontà dei consociati ha assunto, sia pure in tempi e forme diverse, la forma concreta dello Stato e le disposizioni legislative sono state utilizzate in modo conforme ai fini politici che sostenevano. Infatti, ogni sistema giuridico deve tutelare l'ordinamento socio-economico che la classe politica ha fatto proprio. Parallelamente, è nata anche l'incriminazione di «tutti quei fatti tendenti ad attaccare lo Stato nella sua forma e nella sua esistenza, sia considerato nel suo imperio e sia considerato nell'integrità del territorio su cui questo imperio andava esercitandosi»¹. Le misure legislative a tali comportamenti, però, non hanno mai avuto un'evoluzione così costante da poterne ricavare uno sviluppo univoco, anzi si è sempre data al “delitto politico” una relatività storica e spaziale. Forme diverse di delitto politico sono sempre esistite nelle comunità politiche organizzate; quello che mancava era una categoria dogmatica di tutte le fattispecie esistenti, che potesse raggrupparle sotto un *nomen* unico. Le leggi penali romane, ad esempio, non avevano una categoria di delitti meramente politici, e «le varie fattispecie punite a questo titolo venivano comprese talvolta sotto la rubrica del delitto di lesa maestà, talaltra sotto la rubrica della *perduellio*»². Quando, poi, i popoli d'Italia si apprestavano ad entrare in ordinamenti di tipo feudale, inevitabilmente cambiarono anche le condizioni politiche. I consociati, non esercitando più la sovranità in modo diretto, la vedevano trapassare, a diversi livelli territoriali, di

¹ F. Carfora, *Il Delitto politico*, in *Digesto italiano*, vol. IX, parte I, Utet, Torino, 1915, p. 832 ss.

² *Ivi*, p. 833.

famiglia in famiglia per via ereditaria, e così persero la loro indipendenza e divennero sudditi in senso stretto, ai quali il signore domandava fedeltà. Ecco, quindi, l'aumento di norme volte a punire l'alto tradimento, la sedizione, il tentativo di privare il re del potere. A prescindere dalle disposizioni concrete, l'elemento degno di nota è la forza intrinseca della *fidelitas*: chi non si identifica con il sovrano e tenta di sovvertire il suo potere, esce automaticamente dalla società e non può che incorrere in conseguenze dannose. Da questa premessa, si può spiegare l'inaudita ferocia con la quale sono irrogate le pene in materia, con cui erano torturati gli imputati, spesso condannati senza alcuna forma di giudizio. Il reato politico, nel medioevo, in definitiva, appare un reato contro la figura del principe, piuttosto che contro lo Stato, in un sistema in cui, però, il primo vale come personificazione del secondo³. In altri termini, la cosa pubblica inizia ad avere una sua sicura protezione, e la repressione penale è uno strumento molto efficace per attuarla. Si assiste, quindi, ad un allargamento della area di incidenza del reato politico e a un aumento delle fattispecie, che ormai si infiltrano in tutti i momenti della vita associata. I giuristi medievali, trovandosi di fronte questa tradizione, si occupano in modo diffuso del *crimen laesae maiestatis*. Tuttavia, anche loro, non sviluppano una concezione precisa e univoca del reato politico. Il loro rifarsi pedissequamente alle fonti romane e i loro interventi finalizzati a sistemare singole fattispecie, li porta invece a sottovalutare gli aspetti generali del tema, e a restringere il loro angolo di visuale alle questioni di specie. I giuristi del rinascimento sono, invece, ben rappresentati dall'opera di Girolamo Giganti, il quale contesta la stessa possibilità definitoria del delitto politico: ogni *definitio* è valida per il tempo e le condizioni in cui viene elaborata, ma nessuna di esse può operare «in presenza degli inevitabili mutamenti del numero delle fattispecie in cui può articolarsi la fenomenologia di quel *crimen*»⁴. La soluzione, per il Giganti, è abbandonare i tentativi di definizione, e sostituirli con più flessibili descrizioni: intorno al fenomeno del delitto politico non va costruito un recinto dialettico, nel quale costringerne la potenzialità operativa, ma bisogna prendere atto del suo svi-

³ M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis, Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 175.

⁴ *Ivi*, p. 179.

luppo storico, e dell'estensione quantitativa cui la dottrina e l'evoluzione giuridica lo ha condotto. La *descriptio* del Giganti, dunque, si propone non di fissare una volta per tutte, ma di trovare un terreno su cui ogni periodo storico e culturale possa aggiungere nuovi tasselli. Nei risultati concreti, però, il tentativo si traduce in un elenco di *casus*. Siamo, pertanto, ad una elusione del problema: per evitare di definire il *crimen laesae maiestatis*, lo si descrive attraverso le sue fattispecie concrete. In conclusione, manca ancora, agli inizi dell'Età Moderna, una autonoma ed individuabile definizione di *crimen laesae maiestatis*, che, però, è sempre più reato centrale di un sistema in espansione, quello dell'ordinamento statale, che tende, sotto lo schermo della repressione penale, a proteggere «aree ideologiche e politiche, interessi concreti e principi dottrinali, prosperità pubblica e vantaggi personali, dissensi e faide politiche»⁵. Con l'avvento dell'industrializzazione, il delitto politico si arricchisce di nuovi contenuti. Alla figura del principe e della sua élite nobiliare, cominciano ad aggiungersi altri soggetti, parte integrante della classe dirigente, che si pongono come titolari di una aggiornata *maiestas*. Contrapposto alla borghesia, il blocco sociale dei poveri si proletarizza, e crescono gli elementi di rottura tra classi sociali, fomentati anche a livello ideologico, con il marxismo alle porte, e istituzionali, con lo Stato che interviene sempre più massicciamente nella vita economica. Di conseguenza, si viene a creare una nuova forma di delitto politico, non più diretto «contro il Principe machiavellico, ma anche contro la nuova borghesia [...]. Nasce, così, il delitto politico contro il potere economico». L'ampliamento della categoria concettuale facilita l'uso, da parte degli ordinamenti, di terminologie generali, e di una canonizzazione formale del concetto di reato politico. Tuttavia, a questo non si accompagna una descrizione del concetto, da cui poter stabilire dei confini di politicità di un reato. Le legislazioni europee dell'800, quindi, hanno ben presente la categoria nei loro schemi, ma si limitano a richiamarla senza definirla. Il caso più eloquente è la legge francese dell'8 ottobre 1830. Con tale provvedimento si decide un'amnistia nei confronti di tutti i reati politici, tra i quali si dichiarano ricomprese fattispecie del Codice penale del 1810 tra loro molto

⁵ *Ivi*, pp. 177-178.

diverse: dai reati contro la sicurezza esterna a quelli contro la carta costituzionale, dagli attentati alla libertà agli abusi delle autorità amministrative e giudiziarie, tra le quali alcune appaiono non politiche, ferma restando la loro attinenza con la sicurezza dello Stato. Così, è plausibile l'opinione secondo cui, in quella legge, rispetto al reato politico «apparve [...] il nome, ma non fu certo determinato il concetto a cui quel nome avrebbe dovuto corrispondere»⁶. Stesso approccio superficiale al Codice penale si verifica nell'Impero Germanico, che prevede, ad esempio, l'Alto tradimento, il tradimento della Patria e i reati relativi all'esercizio dei diritti politici, ma non inserisce criteri di sorta per distinguere tra essi i diritti politici. I Codici penali spagnolo e ungherese, dal canto loro, confondono insieme delitti politici e delitti che sono invece comuni, pur avendo attinenza con la sicurezza dello Stato. In conclusione, la relatività storica del reato politico, a partire dalle sue prime descrizioni, si è sempre accompagnata alla sua relatività spaziale e, ancora nel XIX secolo, non era possibile riscontrare, a livello dogmatico e legislativo, un vero e proprio inquadramento concettuale della materia. Nella seconda metà dell'800, la nascita dei regimi liberali e il conseguente mutamento degli equilibri geopolitici, favoriscono l'emersione di un concetto autonomo di delitto politico, e il suo affrancamento da una connotazione negativa. Nell'ideologia liberale si fa strada un orientamento polemico nei confronti dell'antico regime, che nei *crimina laesae maiestatis* aveva individuato la categoria di reati più pericolosi. Viene a configurarsi una nuova figura di reato politico, la cui problematica definizione fu uno dei punti cardine delle elaborazioni della dottrina dell'epoca. Il giurista dell'Italia liberale sente il bisogno di evitare, nell'ambito del diritto penale politico, la franca ammissione della incontestabilità del potere propria dell'assolutismo. Si sperimentano pratiche di occultamento delle fattispecie di reato politico nelle pieghe dei nuovi codici garantisti; si evitano le pene troppo dure; si cerca di assicurare che ogni meccanismo repressivo sia saldamente ancorato al consenso delle classi che contano, e quindi ben coperto sul terreno ideologico. La questione della definizione del reato politico si lega a questioni di notevole rilevanza tecnica: il fatto che un certo comportamento anti-

⁶ F. Carfora, *op. cit.*, p. 834.

giuridico possa essere classificato o meno nell'ambito della reità politica, ha riflessi notevoli almeno sotto tre profili. Il primo è rappresentato dal livello processuale al quale venivano assegnati i "delitti contro la sicurezza dello Stato". L'art. 9 del Codice del 1859 (come farà poi anche il Codice dell'89, sempre all'art. 9), stabiliva appartenere «alla Corte d'Assise, con l'intervento dei giurati, la cognizione: I) dei delitti contro la sicurezza dello Stato, e di istigazione a commetterli...». La presenza dei giurati poneva, un problema in ordine alla politica repressiva perché una certa aura di simpatia per i rei politici portava le giurie a frequenti e clamorose assoluzioni. Alla "simpatia" per i rei politici va poi aggiunto il fatto che spesso i giurati assolvevano semplicemente perché il processo politico appariva chiaramente come il risultato di operazioni di intimidazione o di vere e proprie montature poliziesche, attuate per fini preventivi nei confronti di movimenti nascenti. Il secondo profilo è quello dell'extradizione, negata per tradizione degli Stati liberali quando il reato commesso dallo straniero rifugiato nel territorio dello Stato fosse di natura politica; tale era la previsione dell'art. 11 del Codice penale del 1859. L'art. 9, comma secondo, del Codice penale dell'89 disporrà a sua volta che «L'extradizione dello straniero non è ammessa per i delitti politici, né per i reati che a questi siano connessi». Il terzo, quello della applicazione dei benefici previsti in numerosi provvedimenti di amnistia, spesso rivolti ai soli reati contro la sicurezza dello Stato o, più genericamente, politici. Il problema è, allora, quello di escludere dal novero dei reati politici certi comportamenti particolarmente pericolosi (esemplare è il caso delle associazioni anarchiche), perché non vengano a godere delle garanzie e dei privilegi connessi con il sistema normativo ora descritto; ferma restando, però, l'esigenza di tenere abbastanza larghe le maglie del reato politico, per non ridurre troppo l'area di azione di quello che era pur sempre lo strumento specifico per la difesa delle istituzioni. È su questa duplice direttrice che la dottrina si muoverà fino all'avvento del Codice Zanardelli. Viene in soccorso di un simile ordine di esigenze la distinzione tra i reati politici, intesi quasi come *genus*, e la specificazione di essi rappresentata dalla dizione "delitti contro la sicurezza dello Stato", con la quale si realizza il doppio obiettivo della rigidità e della elasticità della nozione di reato politico. In particolare, ai fini dei giudizi in Assise, delle amnistie, della stessa estradizione, si può fare sicuro riferimento al titolo I del

libro secondo del Codice che si articola in quattro capi, nei quali si puniscono i delitti contro la patria, i delitti contro i poteri dello Stato, i delitti contro gli Stati esteri e i loro Capi e rappresentanti e si fissano disposizioni comuni in chiusura; salva sempre la possibilità di negare la politicità di certi comportamenti in esso sanzionati, mentre, in altri frangenti, si potrà invocare la “politicità” di altre ed ulteriori condotte, per rendere “politici” reati diversi. Occorre precisare, però, che in questo periodo la scienza penalistica italiana non ha ancora elaborato in termini precisi ed autonomi una dottrina del reato politico. I suoi modelli sono modelli francesi o tedeschi, la cui influenza condiziona nel senso dell’astrattezza e dell’accademicità i rari interventi dei giuristi. In questa direzione ebbe certamente un notevole peso la posizione di Francesco Carrara. Ciò non toglie, tuttavia, che alle soglie degli anni Ottanta, e fino alla pubblicazione del nuovo Codice penale, un inizio di dibattito sia venuto a determinarsi anche da noi ed in termini più aderenti alla realtà. Il delitto politico si presenta come un fenomeno relativo nel tempo e nello spazio; sin dalle prime autorevoli analisi di tale figura, rileva la tendenza degli studiosi ad ancorarne la *definitio* all’epoca e alle condizioni generali in cui viene elaborata, senza riuscire ad individuare una nozione in grado di descrivere la fenomenologia di tale *crimen* indipendentemente dalle contingenze di fatto. Ogni periodo storico ha dato una sua definizione del reato, in forza del quale si sono modificate le previsioni di legge, a seconda dei casi protettive o fortemente repressive del fenomeno. Le esperienze europee, dalla fine dell’800 agli inizi del nuovo secolo, si muovono tutte nella stessa direzione sulla scia della “clausola belga” del 1833, che impone il divieto di estradizione, e quindi la tendenza a preservare i soggetti colpevoli, da altre legislazioni, magari più dure. Sulla stessa linea di condotta, l’Italia della fine del XIX secolo accoglie principi di tolleranza e protezione nei confronti dei delinquenti politici, in conformità alla dottrina dell’epoca, così come si evince anche dalla lettura del combinato disposto dell’art. 9 Codice Zanardelli e l’art. 36 dello Statuto costituzionale, secondo cui i giudizi in materia di delitti politici devono essere regolati da norme speciali e circondati da maggiori garanzie, rispetto ai giudizi attinenti ai reati comuni, e per la mancanza in essi di un’intrinseca immoralità, e per i motivi determinanti che spingono a commetterli, «che non derivano da perversità di animo, [...] ma da impeto di passione e da fanati-

smo»⁷. Nel nostro Paese si ha, però, un'inversione di tendenza sotto il regime fascista: non c'è più traccia della comprensione e della mitezza nei confronti di chi ha commesso illeciti politici, presente in passato, e non c'è traccia nemmeno della possibilità di una delinquenza politica praticata nell'interesse della nazione. Nel momento in cui un regime di Governo esiste, e ha instaurato l'autorità dello Stato, tale situazione non può più essere scalfita, e chi attenta alla sovranità statale ha assunto ormai i connotati della forma più pericolosa di criminale, è identificato nel «nemico dello Stato»⁸, «attentatore dei massimi interessi della vita del Paese e, in quanto tale, destinatario di una normativa penale particolarmente aggressiva»⁹. La nuova visione fascista dello Stato, di ottica protettiva e repressiva, non è l'unico fattore di spinta a un trattamento maggiormente punitivo nei confronti della delinquenza politica, in quanto altre due condizioni storiche erano spinte propulsive per un cambiamento. Anche in Italia, come nel resto della comunità internazionale, si afferma la necessità di introdurre nei codici penali l'istituto delle misure di sicurezza, modifica inaugurata dalla Svizzera nel 1893. L'evoluzione della scienza criminalistica dell'epoca, dunque, sente viva la necessità di tener conto dei motivi a delinquere, e di tutelarsi in misura maggiore dagli individui socialmente pericolosi. Siamo nel periodo in cui, alla speculazione della Scuola classica, sostenitrice della teoria oggettiva, secondo cui la qualificazione di politico risulta dalla natura dell'interesse violato, si affiancano i contributi della Scuola positiva, che individua il carattere politico di un reato nel movente perseguito dal reo. La composizione tra le diverse correnti dottrinarie, unite al totalitarismo fascista, si traducono in un bisogno di cambiamento, e nella constatazione dell'ineadeguatezza del Codice Zanardelli. Appare così inevitabile una nuova codificazione. Siamo quindi al Codice Rocco, emanato nel 1930, che comporta una svolta repressiva eliminando dal nostro ordinamento la non estradabilità per reati politici, accolta dal previgente Codice. Nella parte generale, agli artt. 7 e 8 del vigente Codice penale, viene

⁷ E. Florian, *Il Delitto politico*, in *Digesto italiano*, vol. IX, Utet, Torino, 1887-1898, p. 839.

⁸ V. Fani, *La pena di morte nel nuovo Codice penale*, in «Rivista penale», 1930, p. 1004.

⁹ M. Pelissero, *Il Delitto politico*, cit., p. 102.

risolta la maggior parte dei nodi definatori che hanno sempre riguardato la tematica in esame, e l'atteggiamento nei confronti del dissenso politico viene inquadrato nei cardini del sistema. Come regola ispiratrice del Codice, «ai fatti commessi o considerati come commessi sul territorio dello Stato si applica sempre e soltanto la legge penale italiana»¹⁰. Ai fatti commessi in territorio estero, invece, talvolta si applica la legge penale italiana. In quest'ambito di eccezione al principio di territorialità si colloca la disciplina generale del delitto politico, inserita agli artt. 7 e 8 c.p. La prima disposizione concerne reati puniti incondizionatamente secondo la legge italiana, da chiunque siano commessi e dovunque si trovi il colpevole. Tra questi, occupano il primo posto i delitti contro la personalità dello Stato, vale a dire il delitto politico per eccellenza, la fattispecie più ricorrente di attacco e lesione al potere centrale. La seconda norma incentrata sui reati politici consiste nell'art. 8 c.p., rubricato "Delitto politico commesso all'estero". Secondo il primo comma della disposizione, «Il cittadino o lo straniero, che commette in territorio estero un delitto politico non compreso tra quelli indicati nel numero 1 dell'articolo precedente, è punito secondo la legge italiana, a richiesta del Ministro della Giustizia». Il Codice, quindi, va ad occuparsi di una categoria residuale di politicità del reato, intrinsecamente meno pericolosa della precedente, visto che la punibilità del colpevole è condizionata alla richiesta del ministro e, come dispone il secondo comma dell'articolo, anche alla querela della persona offesa se il reato sia perseguibile a tale condizione. La richiesta ministeriale serve a impedire che «fatti trascurabili, o per i quali non sia politicamente consigliabile la pubblicità del giudizio, vi pervengano»¹¹ lo stesso, e il riferimento alla querela manca per i reati contro la personalità dello Stato perché sono tutti illeciti perseguibili d'ufficio. Stabilito il principio della "doppia incriminazione", assoluta nel primo caso e condizionata nel secondo, è la volta, per il Legislatore, di dare una definizione del delitto politico, la prima nella storia della legislazione italiana, che ne agevoli la repressione e tenga conto degli indirizzi dottrinari e giurisprudenziali contrastanti che si sono succeduti nei decenni precedenti. Il terzo e ulti-

¹⁰ R. Pannain, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Utet, Torino, 1967, p. 181.

¹¹ A. De Marsico, *I delitti contro lo Stato nella evoluzione del diritto pubblico*, Cressati, Bari, 1927, p. 79.

mo comma dell'art. 8 pertanto, «taglia corto a qualunque discussione sul delitto politico»¹², e ne dà una definizione onnicomprensiva: «Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. È altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici». Si tratta di una nozione doppia e molto ampia che accoglie, secondo la dottrina maggioritaria, «entrambe le concezioni, oggettiva e soggettiva, elaborate rispettivamente dalla scuola classica e dalla scuola positiva»¹³, realizzando quel sincretismo tra correnti di pensiero che si rinviene anche in altre parti del Codice¹⁴. La definizione offerta dall'art. 8 c.p. vale, innanzitutto, «agli effetti della legge penale», ha cioè carattere generale in rapporto al diritto penale e a qualsiasi altra legge interna che faccia riferimento al delitto politico, e così pure agli effetti delle stesse convenzioni internazionali, in quanto queste non contengano una diversa disposizione. In secondo luogo, la disposizione in esame sembra riferirsi a due ipotesi normative: «l'una comprende quelle fattispecie definite politiche in virtù dell'offesa a un interesse politico dello Stato o a un diritto politico del cittadino; l'altra riguarda i reati comuni che sono considerati politici perché determinati, in tutto o in parte, da motivi politici»¹⁵. Dunque, il carattere politico del reato, così come definito nel dettaglio al 3° comma dell'art. 8 del Codice, viene utilizzato come criterio di deroga alla territorialità della legge penale, consentendo la persecuzione dello stesso, nel nostro ordinamento giuridico, anche per fatti commessi all'estero. Nella figura in esame viene ricompreso un elevato numero di fattispecie punibili, ampliando notevolmente i limiti della definizione e coniando il cd. «motivo politico», nonché la nozione soggettiva del delitto politico. Bisogna, tuttavia, precisare che, già dai primi anni di vigenza del Codice la dottrina incontra molti problemi a definire il delitto «oggettivamente politico» in termini

¹² U. Gajotti, *Sul concetto di delitto politico*, in «Critica penale», Bologna, 1946, p. 269.

¹³ M. Pelissero, *Il Delitto politico*, cit., p. 100.

¹⁴ C. Bovio, *I principi della difesa sociale nel nuovo Codice penale*, in «Rivista penale», 1930, p. 1227 ss.

¹⁵ S. Panagia, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Cedam, Roma, 1967, p. 8.

distinti dai reati contro la personalità dello Stato. In altri termini, è arduo per i giuristi individuare alcuni delitti, rientranti nella definizione oggettiva, la cui punibilità sia da ritenersi subordinata alla condizione della richiesta del ministro della Giustizia. Dietro questi sforzi, secondo un'autorevole dottrina più recente¹⁶, si nasconde un chiaro intento politico del legislatore: scopo principale del regime, attraverso il ricorso alla definizione ex art. 8 c.p., è soprattutto quello di assicurare la punibilità del delitto soggettivamente politico commesso all'estero all'infuori del presupposto della presenza del reo nel territorio dello Stato dopo la commissione del delitto. In secondo luogo, le difficoltà dottrinarie sono date dalla eccessiva estensione del delitto soggettivamente politico, che arriva ad abbracciare, nel suo odio, anche fatti comuni commessi per motivi comuni, purché in essi sia rinvenibile, anche in minima parte, una finalità politica. Il terzo ordine di difficoltà è anche espressivo di una vistosa incongruenza. La definizione codicistica di delitto politico è estesa a tutti "gli effetti della legge penale". Una definizione tanto ampia si giustifica, come il resto della norma, dall'esigenza di perseguire ad oltranza il reato politico, ma cade inevitabilmente con il crollo del regime fascista, quando la previsione del delitto politico in contrapposizione al delitto comune torna ad essere prevista, in modo conforme alla tradizione liberale, in nome di garanzie ed esigenze di protezione dell'imputato o del condannato. Crollato il regime, la onnicomprensività della norma, la eccessiva ampiezza della nozione soggettiva e gli scarsi profili distintivi con i delitti contro la personalità dello Stato non rispondono più alle esigenze legislative del Paese. L'Italia, restituita alla democrazia, ha poi un'altra questione da affrontare relativamente al delitto politico: quella dei suoi rapporti con l'estradizione. Il Codice Rocco, regolando tale materia all'art. 13, semplicemente non affronta la questione, subordinando il provvedimento alla previsione bilaterale del fatto come reato, alla estradabilità non vietata dalle convenzioni internazionali per quanto riguarda i fatti non preveduti come reato da entrambi i Paesi, e all'espresso consenso convenzionale in materia di estradizione del cittadino. L'omissione, tuttavia, è chiaramente consapevole, in quanto l'art. 13 del vigente Codice espunge dall'ordina-

¹⁶ G. Vassalli, *Il Delitto politico*, cit., p. 2.

mento italiano una disposizione del Codice Zanardelli, contenuta all'art. 9, in forza della quale era vietata in ogni caso l'extradizione del cittadino, e quella dello straniero era comunque preclusa per reati politici e connessi. Si tratta, dunque, dell'affermazione del principio opposto, vale a dire della regola dell'estradiabilità per forme di reato politico, nell'ottica di protezione dello Stato e di collaborazione tra istituzioni in questo senso. «Instaurata la Repubblica, tornata la vita politica e sociale del Paese alla concezione liberale e democratica, l'Assemblea Costituente ha elaborato la Costituzione della Repubblica italiana, entrata in vigore il 1° gennaio 1948»¹⁷. Detta Costituzione si incentra sulle problematiche dell'extradizione nei principi fondamentali e nell'ambito dei rapporti politici. L'art. 10 Cost., dopo aver sancito l'automatica applicabilità del diritto internazionale consuetudinario nel nostro ordinamento, e aver stabilito la riserva di legge per regolare la condizione giuridica dello straniero e il diritto d'asilo, vieta di estradare lo straniero per reati politici. Analogamente, l'art. 26 è incentrato per intero sull'extradizione del cittadino e, oltre a consentirla solo in caso di espressa autorizzazione convenzionale, la vieta in via categorica per ogni ipotesi di reato politico. Entrambe le disposizioni costituzionali sono il risultato di lunghe discussioni in seno all'Assemblea Costituente. Il dibattito si svolge intorno a due indirizzi fondamentali. Il primo indirizzo, riconducibile a Bettiol, mira a riallacciarsi prontamente alla «tradizione giuridica e politica»¹⁸ del nostro Paese, anteriore al regime dittatoriale, ove era sancito il principio che il cittadino mai poteva venire estradato. A tal fine, secondo tale giurista, è necessario l'inserimento nel testo costituzionale di un «divieto assoluto»¹⁹ di assoggettare il cittadino a procedimento di estradizione. D'opinione contraria, un emendamento presentato dal Corsanego; tale giurista, pur accogliendo in linea di principio la non estradiabilità del cittadino per reati politici, è contrario a un divieto assoluto, in quanto considera necessario, al fine di predisporre un sistema efficace di lotta contro la criminalità internazionale, «fissare

¹⁷ M. Pittaluga, *L'extradizione per reati politici*, in «Archivio penale», 1949, Roma, p. 181.

¹⁸ G.M. Bettiol, *Proposta di emendamento*, in «La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente», Roma, 1970, VI, p. 756 ss.

¹⁹ *Ivi*, p. 796.

nella stessa Costituzione alcune opportune e circoscritte eccezioni alla regola generale»²⁰, comunque applicabile, della non assoggettabilità. La deroga, nell'intendimento del giurista, vuole investire la sola ipotesi in cui l'extradizione del cittadino sia espressamente consentita da convenzioni internazionali, sottoponendola quindi a reciprocità. Senza dubbio prevale la seconda teoria e quindi la norma contenuta nell'art. 26 dispone da un lato un principio generale di non estradabilità del cittadino da parte dello Stato, salvo quanto stabilito nel diritto convenzionale internazionale; dall'altro lato, il divieto diventa assoluto e cogente nel caso di reati politici, ora come non mai tutelati dallo Stato. Il divieto di estradizione viene visto soprattutto in connessione con il diritto di asilo richiesto da stranieri venuti in Italia perché perseguitati per ragioni politiche. Il Legislatore intende innanzitutto rafforzare le garanzie concesse all'esule politico, escludendo che si possa porre termine al suo soggiorno estradandolo verso lo Stato estero dal quale egli si era rifugiato; oltre a ciò, il Costituente arriva addirittura ad ampliare la portata di tale garanzia, estendendo il beneficio anche a soggetti stranieri che non siano esuli politici, e che quindi non godano del diritto di asilo. Dagli artt. 10 e 26 Cost. si ricava innanzitutto un divieto in capo agli organi amministrativi e giudiziari competenti per il procedimento di estradizione, di estradare verso l'estero stranieri che abbiano commesso all'estero un reato politico. «Correlativamente, spetta ai cittadini e agli stranieri che si trovino nelle condizioni previste dalla norma il diritto soggettivo a non essere estradati»²¹. La priorità del Costituente è di proteggere da abusi e processi politici il soggetto, cittadino o straniero, che rischia di subire trattamenti ingiusti nei Paesi che ne richiedono l'extradizione. A questo punto, la nostra attenzione si concentra necessariamente sul problema centrale dei rapporti tra reato politico ed estradizione, e cioè quello della determinazione della categoria dei reati politici rispetto ai quali il Codice penale introduce la deroga al principio di territorialità, e la Costituzione il divieto inderogabile di estradizione. Al riguardo, la prima considerazione che s'impone è quella di una

²⁰ N. Mazzacuva, *Reato politico e divieto di estradizione del cittadino nella Costituzione, Commento all'art. 26 della Costituzione*, in «L'indice penale», 1980, Roma, p. 231.

²¹ A. Cassese, *Commento all'articolo 10 della Costituzione*, cit., p. 300.

contraddittorietà del problema rispetto alle fonti di disciplina: da un lato, possiamo dire che il «vecchio principio liberale»²² del divieto di estradizione per reati politici ha conquistato un ruolo importante nella gerarchia delle fonti, assumendo una rilevanza costituzionale, e quindi potrà essere, eventualmente, derogato soltanto attraverso il complesso procedimento di revisione; dall'altro lato, si può anche affermare che il Costituente sia rimasto a metà dell'opera, e non abbia conferito analoga rilevanza all'altro aspetto essenziale di tale reato, vale a dire la delimitazione della fattispecie, e di conseguenza anche del divieto. La Costituzione non ha fornito alcuna definizione del delitto politico; tale omissione, che la dottrina non esita a definire una "rinuncia" dettata da eccessiva «rigidità d'impostazione»²³, sembra addirittura consapevole nell'intenzione dei redattori del testo. L'idea dei Costituenti, tradotta nell'omissione legislativa, sembrerebbe essere quella che «si tratti più di una materia riguardante i Codici che non la Costituzione»²⁴. Siamo, dunque, dinanzi ad un apparente rinvio costituzionale, per ogni aspetto definitorio, alle disposizioni già esistenti in materia di criminalità politica. A causa di questo atteggiamento ambiguo del legislatore, il primo orientamento giurisprudenziale e dottrinario nella materia in discorso viene a «dare per presupposta l'identificazione della nozione accolta dalla Costituzione con la definizione di delitto politico fornita dall'art. 8 c.p.»²⁵ a tutti gli effetti della legge penale; andando, ad esempio, a non considerare politico un reato in quanto «non offende interessi politici di uno Stato determinato ovvero un diritto politico di un suo cittadino», oppure riconoscendo il carattere politico di un delitto utilizzando i parametri offerti dall'art. 8. Tale indirizzo giurisprudenziale è l'effetto immediato, e insieme la causa, di un primo filone interpretativo, volto a collegare strettamente gli artt. 10 e 26 della Costituzione con l'art. 8 del Codice penale. Secondo tale indirizzo, la nozione di delitto politico è stata omessa consapevolmente dal Costituente, che ha inteso rinviare alla definizione presente nel Codice Rocco. I giuristi han-

²² N. Mazzacuva, *Reato politico*, cit., p. 239.

²³ M. Chiavario, *Rapporti tra delitto politico ed estradizione*, cit., p. 87.

²⁴ R. Lucifero, *Intervento ai lavori della Costituente*, in «La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori», cit., I, p. 972.

²⁵ V. Del Tufo, *Estradizione e reato politico*, in «Il politico», Napoli, 1985, p. 2.

no chiara consapevolezza della profonda diversità delle concezioni cui si ricollegano le due norme, rispettivamente l'art. 8 al regime fascista, e alla volontà di estendere l'asprezza del trattamento ai delinquenti politici, e la Costituzione al clima "liberale" e "democratico" dell'epoca; ciò nonostante, il collegamento tra l'una e l'altra è inevitabile, anche se non molto corretto dal punto di vista metodologico. Posto come assodato il rinvio del Costituente alla legge ordinaria, è necessario precisare due varianti di tale posizione, diverse tra loro per il modo di intendere questo richiamo. Per alcuni, si sarebbe in presenza di una vera e propria "costituzionalizzazione" dell'art. 8 c.p. Secondo tale lettura, «Quando la Costituzione ha parlato di reati politici, si è riferita, come per qualsiasi altra nozione non diversamente specificata, a quella già determinata dall'ordinamento e perciò costituzionalizzata»²⁶. In altri termini, il rinvio al Codice penale è implicito, ma attribuisce alla disposizione che lo riceve una rilevanza di natura costituzionale; «cosicché non è lecito al legislatore ordinario, che con tale agevole mezzo potrebbe finire per svuotare la Costituzione di ogni contenuto concreto, modificare il significato e la portata delle espressioni usate nella Costituzione», più semplicemente una legge ordinaria non è sufficiente ad apporre limiti legittimi al divieto costituzionale di estradizione, e a tal fine è espressamente sancita l'obbligatorietà del provvedimento costituzionale. Di conseguenza, il campo d'applicazione della norma è molto esteso, dovendosi riferire «a tutti i reati politici, qualunque sia l'ideologia che li ispira e senza alcuna possibilità di discriminazione»²⁷. Per altri Autori, sempre aderenti alla tesi del rinvio, non si può parlare di una vera e propria recezione costituzionale dell'art. 8 del Codice penale, ma soltanto di un semplice "rimando", effettuato dalla Carta, «alle norme in proposito del diritto ordinario», senza «fissare né cristallizzare una particolare nozione del delitto politico»²⁸. La categoria concettuale preferita da questa corrente dottrinarica è quella del "rinvio non recettizio": si sostiene, nel dettaglio, che il Costituente, configurando la criminalità politica,

²⁶ G. Palmerini, *Problemi costituzionali sull'extradizione*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1954, p. 568.

²⁷ *Ivi*, p. 596.

²⁸ A. Galante-Garrone, *Delitti politici e delitti contro l'umanità*, in «Giurisprudenza italiana», 1964, p. 65.

ha «presumibilmente fatto riferimento al relativo concetto fornito dalle leggi penali»²⁹; tale riferimento, tuttavia, non assurge a vera e propria trasposizione, ma è un «rinvio non recettizio che ha il valore di un richiamo per presupposizione». La nozione di cui all'art. 8, dunque, anche se va interpretata alla luce dei principi costituzionali, non è una nozione di rango costituzionale; ne discende la sua modificabilità attraverso interventi del legislatore ordinario, che ristrutturò la disposizione codicistica o introduca in Italia clausole di “depolitizzazione” di alcune fattispecie, senza scomodare il complesso procedimento di revisione costituzionale. Alcuni giuristi, invece, si mostrano totalmente contrari a questo ordine di idee, e partono dall'interpretazione opposta: «la nozione costituzionale del reato politico» non può dipendere «dalla definizione contenuta in una legge ordinaria; così facendo, si invertirebbe l'ordine logico della normazione»³⁰; e così, la soluzione al problema è ricercata con il ricorso allo «spirito delle norme costituzionali di cui è questione [...] nel loro contesto». In altri termini, il concetto di reato politico deve essere ricostruito non «in ragione delle caratteristiche sostanziali del reato», riscontrabili nel Codice penale, ma «avendo presenti le norme fondamentali della Costituzione in materia di responsabilità penale»³¹. Tra l'altro, come osservato da altri autorevoli autori, se i padri costituenti avessero voluto fissare il concetto codicistico del reato in parola, sarebbero ricorsi ad un richiamo dell'art. 8. Tuttavia, la soluzione susposta si limita a spostare il problema lasciando, nella sostanza, irrisolta la questione di stabilire quale sia il «concetto di reato politico adottato dalla Costituzione»³². L'unica definizione accettabile, pertanto, è quella sul fondamento degli interessi che si assumono obiettivamente lesi, e che devono attenersi, quindi, alla struttura dello Stato, alla forma del Governo e agli atti del medesimo. In sostanza, il divieto costituzionale deve essere riferito all'art. 8 del Codice penale, ma non alla stregua di un semplice rinvio: si deve necessariamente partire dalla diversità di *ratio* sottesa alle disposizioni codicistica da un lato, e costituzionali dall'altro. L'art. 8 ha storicamente avuto la

²⁹ L. Ventura, *Estradizione e reato politico*, cit., p. 228.

³⁰ R. Quadri, *Estradizione e reato politico*, cit., p. 42.

³¹ E. Cavanese, *Commento all'art. 8 c.p.*, cit., p. 242.

³² P. Nuvolone, *Delitto politico*, cit., p. 180.

funzione di ampliare la giurisdizione italiana rispetto a fatti commessi all'estero in una funzione meramente repressiva, mentre, la Costituzione ha, al contrario, la finalità di tutelare l'estraddando dai regimi che gli negano di esercitare un suo diritto di libertà. Il reato, quindi, rientra nella tutela costituzionale solo se finalizzato a far valere diritti meritevoli di tutela non riconosciuti da tali regimi. Al contrario, le norme costituzionali non tutelano «coloro che abbiano commesso reati contrari ai valori sanciti nelle libertà democratiche della Costituzione italiana»³³. Esulano, dunque, dalla protezione del divieto, in primo luogo tutti quei comportamenti che offendano violentemente i diritti di libertà altrui, come i reati commessi per ragione razziale, e in secondo luogo le fattispecie che attentino gravemente alle istituzioni democratiche, come gli atti di terrorismo o altri atti di violenza miranti a sovvertire l'ordinamento offeso. In questo modo, il concetto di delitto politico sarebbe desunto dai valori costituzionalmente tutelati, per cui verrebbe protetto il soggetto che delinque per salvaguardare quei valori, mentre si escluderebbe dalla tutela colui che mira alla loro lesione. Sulla prevalenza di uno piuttosto che di un altro indirizzo, la discussione è tutt'oggi aperta e lontana da una soluzione definitiva. Una certezza, tuttavia, è stata raggiunta: in ordinamenti giuridici come il nostro, se il delitto politico ha ancora un senso e un ambito di applicazione, il suo contenuto attuale è dato da quei reati di violenza politicamente motivata, che si realizzano concretamente attraverso atti di rottura violenta delle regole del confronto democratico, o delle condizioni della civile convivenza, per finalità politiche; e che si sta cercando di sottrarre al tradizionale divieto di estradizione, andando perseguito con sempre maggior rigore dalle istituzioni internazionali. Quanto esaminato porta a concludere che il reato politico continua ad essere un fenomeno relativo, cui non può attribuirsi una *definitio* aspaziale ed atemporale, e che necessita, di volta in volta, dell'intervento di giudici e giuristi per essere correttamente individuato, disciplinato e sanzionato.

³³ A. Cassese, *op. cit.*, p. 302.

MARIA TERESA FRANCO

Ricostruzione del fenomeno delle dittature militari nel Cono Sud attraverso le diverse interpretazioni storiografiche

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Elementi caratterizzanti dell'autoritarismo militare. – 3. Le ambiguità della dittatura cilena. – 4. «Dottrina della Sicurezza Nazionale»: logiche e funzione.

1. *Premessa*

Per indagare l'autoritarismo del Cono Sud alla luce delle diverse proposte storiografiche, è necessario in primo luogo collocare la regione sudamericana nel suo spazio geografico di appartenenza, ricostruendo quelle dinamiche di natura regionale e continentale che determinarono l'ascesa dei regimi militari in Argentina, Cile e Uruguay.

Bisogna premettere che non è possibile comprendere il XX secolo latinoamericano se non passando attraverso la consacrazione del processo di decolonizzazione dal dominio iberico¹, che decretò la nascita degli Stati-Nazione e l'integrazione delle economie latinoamericane nel mercato mondiale. Se il processo di emancipazione rappresentò un momento di svolta per la visibilità dell'America latina sullo scenario internazionale², allo stesso tempo la fragile realtà politico-istituzionale degli Stati latinoamericani rese suscettibile il subcontinente a sviluppare da un lato, nuove forme di dipendenza e di subordinazione verso l'esterno e, dall'altro, a favorire l'ascesa di un complesso di

¹ Per ulteriori approfondimenti sul tema si veda rebellion.org/el-proceso-de-modernizacion-en-america-latina-oligarquias-plutocracia-y-elite.

² Cfr. M.R. Stabili, *America Latina. I tre tempi dell'occidentalizzazione: colonialismo, patto coloniale, alleanza imperialista*, in G. Forcesi (a cura di), *Sguardi incrociati sul colonialismo. Le relazioni dell'Europa con l'Africa, l'Asia e l'America latina*, UCSEI, Roma, 2005, p. 201.

attori “subnazionali” (dai partiti politici e i gruppi insurrezionali, alle forze militari e paramilitari).

Com'è noto, lungo tutto il corso del XX secolo, la costante contrapposizione tra forze politiche ed economiche interne ed esterne alla regione³, incise profondamente sul funzionamento dei sistemi statali e sullo sviluppo dei processi storici latinoamericani.

In particolare, furono le trasformazioni prodotte dal primo conflitto mondiale, e in misura maggiore dalla crisi economica del 1929, a segnare uno spartiacque con la stagione liberale latinoamericana e la stasi politica ottocentesca, ridefinendo gli assetti politici, economici e sociali del subcontinente.

Sul piano politico-istituzionale, la crisi del modello liberale determinò un clima di forti agitazioni popolari e l'affermazione del nazionalismo. La maggior parte dei Paesi latinoamericani soffrì nuovi colpi di Stato e l'istaurazione di regimi autoritari⁴, mentre in altre realtà, il cui caso emblematico è rappresentato dall'Argentina, il vuoto generato dall'instabilità politica ed economica, fu colmato dalla comparsa di governi populistici e nazionalisti⁵ che occuparono lo scenario politico per circa un trentennio. Infatti, all'inizio del 1944 si contavano solo due modelli isolati di democrazia rappresentativa⁶: il Cile e l'Uruguay.

I regimi populistici che si istaurarono in America Latina nel periodo a cavallo tra gli anni trenta e quaranta del secolo scorso⁷, rappresentarono un elemento di rottura con gli schemi del sistema liberale adottato dai governi oligarchici nei decenni precedenti; essi si dota-

³ Cfr. L. Dallanegra Pedraza, *Tendencias políticas en América Latina en el contexto mundial del siglo XXI. Hacia una teoría política realista-sistémica-estructural sobre América Latina*, in «Espiral Estudios sobre Estado y Sociedad», 2008, 25, Guadalajara, pp. 79-80.

⁴ Cfr. R. Nocera e A. Trento, *América Latina, un secolo di storia. Dalla Rivoluzione messicana ad oggi*, Carocci, Roma, 2013, p. 93.

⁵ *Ivi*, pp. 97-98.

⁶ Cfr. W.L. Bernecker, *¿Punto De Partida Hacia La Modernidad? América Latina a Finales De La Segunda Guerra Mundial*, in «Studia Historica. Historia Contemporánea», 1995-1996, EUSAL, Salamanca, p. 152; R. Nocera e A. Trento, *op. cit.*, p. 97.

⁷ Cfr. Cendac, *Aiuto al Terzo mondo, lo sviluppo impossibile*, Fondazione Giacomo Feltrinelli, Pistoia, 1973, p. 18; R. Nocera e A. Trento, *América Latina...*, cit., p. 97; F. Cammarano, G. Guazzaloca e M.S. Piretti, *Storia contemporanea. Dal XIX al XXI secolo*, 2ª ed., Mondadori Education, 2015, p. 287.

rono di una struttura fortemente centralizzata e favorirono la partecipazione delle masse e la mobilitazione sociale. La centralità del popolo e l'allargamento delle basi sociali dello Stato, che costituirono l'elemento di legittimazione di tali regimi, rappresentavano le premesse per imboccare la via della democratizzazione. Ciò nonostante, la crisi degli anni sessanta fece emergere le ambiguità intrinseche a tali regimi⁸, che peraltro non furono in grado di mettere a punto delle vere riforme. La principale ambiguità⁹ riguardava l'effettività stessa del processo di democratizzazione da essi promossa. Com'è noto, il populismo rappresenta ancora una questione centrale nel panorama latinoamericano e la sua applicabilità nel subcontinente si configura come uno dei temi più attuali e dibattuti in ambito politico.

Se durante la prima metà del XX secolo, i tre Paesi del Cono Sud vissero esperienze e sviluppi storici tra loro differenti, a partire dal secondo dopoguerra, l'evoluzione delle dinamiche geopolitiche locali e internazionali¹⁰ iniziò a produrre effetti politici, sociali ed economici convergenti nella regione sudamericana. L'Argentina, l'Uruguay e il Cile furono segnati da una crescente polarizzazione politico-ideologica, dal rafforzamento e dall'attivazione delle forze popolari (soprattutto i settori di sinistra e i movimenti sovversivi), dalla progressiva restaurazione della ideologia liberale, dall'istituzionalizzazione del potere militare e dall'affermazione degli Stati Uniti come principale attore internazionale nella regione.

La forte polarizzazione politico-ideologica che caratterizzò gli anni della Guerra Fredda in America Latina¹¹ si materializzò in una

⁸ Cfr. Cendac, *op. cit.*, p. 18.

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Cfr. E. Bohoslavsky e M. Iglesias, *Las guerras frías del Cono Sur: Argentina, Brasil, Chile y Uruguay (1948-1952)*, Buenos Aires, 2011, pp. 2-3.

Nonostante sia possibile individuare elementi comuni, soprattutto in termini di forze politiche e sociali emergenti, durante la prima metà del XX secolo, i tre Paesi del Cono Sud vissero esperienze e sviluppi storici tra loro differenti. Mentre la storia dell'Argentina fu segnata da numerosi colpi di Stato e dall'istaurazione di governi autoritari e regimi personalisti, il Cile, e in particolare l'Uruguay, vissero periodi di importante rinnovamento e apertura grazie alla sperimentazione di soluzioni riformiste e democratiche.

¹¹ Cfr. V. Pettinà, *Historia mínima de la Guerra Fría en América Latina*, El Colegio de México, Ciudad de México, 2018, pp. 50-51.

marcata contrapposizione tra forze politiche conservatrici da un lato, e movimenti popolari dall'altro. In particolare, la rivitalizzazione degli attori conservatori favorì l'ascesa di regimi autoritari volti a contrastare la mobilitazione popolare e le correnti di sinistra. Tale circostanza, di riflesso, alterò anche lo scenario economico. Infatti, favoriti dalla ripresa delle relazioni con il mercato internazionale, i Paesi latinoamericani adottarono il modello liberista, in opposizione al *desarrollismo* economico basato sull'Industrializzazione per Sostituzione delle Importazioni (ISI).

Il grado di polarizzazione raggiunse il suo picco a partire dal 1959. L'attrazione generata dal trionfo della Rivoluzione cubana¹² e il fascino esercitato dal suo eroe romantico, Ernesto Guevara, esortarono le classi sociali ad aderire alla causa antimperialista, favorendo l'affermazione di nuova sinistra rivoluzionaria. Com'è noto, l'isola caraibica iniziò a configurarsi non soltanto come un modello ispiratore, ma anche come il principale centro di addestramento delle tecniche della *guerrilla*.

In realtà, nonostante la risonanza riscossa a livello mondiale, il socialismo cubano fu destinato a rimanere un'esperienza isolata nel subcontinente e la mobilitazione rivoluzionaria venne combattuta con la repressione militare.

Infatti, intorno alla metà anni sessanta, i progetti conservatori¹³ entrarono in una nuova e accelerata fase. Questa dinamica spiega il ruolo assunto dalle Forze Armate¹⁴ a partire dai decenni sessanta e settanta del secolo scorso, nella vita politica di molti Stati latinoamericani. È bene precisare che, sebbene il militarismo rappresentasse una prassi consolidata in America Latina, nella regione del Cono me-

¹² Cfr. F. Leal Buitrago, *La Seguridad Nacional a la Deriva. Del Frente Nacional a la Posguerra Fría*, 1ª ed., Bogotá, 2002, p. 9.

¹³ D'altra parte, con l'istaurazione del regime socialista a Cuba e l'evoluzione del confronto bipolare, l'interferenza statunitense visse una *escalation* senza precedenti. Tale circostanza spiega la scelta di appoggiare le forze politiche più conservatrici e di intervenire militarmente, in maniera diretta o indiretta, in molti Paesi latinoamericani. Il grado di implicazione statunitense variò da Paese a Paese. Nel Cono Sud, decisivo fu il ruolo assunto dalla CIA per la riuscita del *golpe* che rovesciò il governo democratico di Allende in Cile.

Cfr. V. Pettinà, *op. cit.*, *passim*.

¹⁴ *Ivi*, pp. 54-56.

ridionale l'intervento della Forze Armate assunse una connotazione più radicale e sistematica, andando oltre il mero funzionamento del sistema politico: l'obiettivo era smantellare e riorganizzare quelle strutture economiche e sociali che avevano favorito la mobilitazione popolare e il consolidamento dei settori radicali.

2. Elementi caratterizzanti dell'autoritarismo militare

Gli anni sessanta e settanta latinoamericani si caratterizzarono per l'istaurazione di una nuova tipologia di dittature¹⁵, generalmente conosciute come "dittature istituzionali delle Forze Armate". Con la dittatura brasiliana proclamata nel 1964¹⁶, si inaugura tale forma di autoritarismo.

L'esperienza brasiliana¹⁷, infatti, rappresenta il primo esempio che caratterizzò le successive. Nonostante l'ingerenza dei militari nella vita politica nazionale fosse una pratica ricorrente in America Latina, il processo di militarizzazione inaugurato dal *golpe* del 1964, fu di natura diversa e aprì un ciclo dittatoriale che interessò principalmente i Paesi del Cono Sud.

Tale circostanza spiega la ricca produzione bibliografica prodotta dalle scienze sociali e l'elaborazione di differenti categorie analitiche per interpretare e definire il fenomeno.

Analizzando le trasformazioni strutturali dell'apparato statale e del modello capitalista, il politologo argentino Guillermo O'Don-

¹⁵ Si veda A. Rouquié, *Dictadores, militares y legitimidad en América Latina*, in «Crítica y Utopía», 1981, 5, Clacso, Buenos Aires; H. Quiroga, *El tiempo del Proceso. Conflictos y Coincidencias entre políticos y militares 1976-1983*, Homo Sapiens y Fundación Ross, Rosario, 2004; W. Ansaldi, *Matriuskas de Terror. Algunos Elementos Para Analizar la Dictadura Argentina Dentro de Las Dictaduras del Cono Sur*, in A.R. Pucciarelli (a cura di), *Empresarios, Tecnócratas y Militares: la trama corporativa de la última dictadura*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2004.

¹⁶ Cfr. M.S. Catoggio, *Dictaduras institucionales de las Fuerzas Armadas y procesos de legitimación religiosa en Brasil, Argentina y Chile*, San Miguel de Tucumán, 2007.

¹⁷ Tuttavia, è possibile rilevare la presenza di alcuni elementi tipici di queste dittature anche nei regimi più tradizioni della Bolivia, dell'Ecuador, del Perù e perfino nella dittatura paraguaiana antecedente al *golpe* brasiliano del 1964.

Cfr. O. Sass, C.A. Giovinazzo Júnior, D. Martinez, H. Ciampi, L.M. De Oliveira Rodrigues e M.A. Güllnitz Zampronha, *Educação e regimes ditatoriais: 50 anos do golpe militar no Brasil*, 2ª ed., Junqueira&Marin Editores, Araraquara, 2018, pp. 44-45.

nell¹⁸ ha coniato la categoria dello “Stato burocratico-autoritario”. Trattasi di un modello statale caratterizzato da¹⁹: a) sospensione delle istituzioni democratiche e dei diritti dei cittadini; b) formazione di una classe elitaria composta da militari, tecnocrati (funzionari civili esponenti del sapere tecnico e scientifico) e rappresentanti del capitale finanziario estero; c) trans-nazionalizzazione della struttura produttiva a favore del capitale privato e di alcuni settori dello Stato; d) allestimento di un sistema repressivo attraverso l’impiego di mezzi coercitivi; e) esclusione delle classi popolari precedentemente mobilitate; f) sospensione delle garanzie politiche (eliminazione della competenza elettorale, proscrizione dei partiti e gruppi d’opposizione, sospensione della partecipazione popolare alla vita politica).

Concordando con O’Donnell²⁰, il politologo statunitense Alfred Stepan evidenzia l’elemento del *nuevo profesionalismo castrense*²¹, utilizzato dagli stessi militari per giustificare i colpi di Stato e la continuità della loro azione politica.

Il *profesionalismo* di Stepan richiama il concetto della “ideologia della sicurezza nazionale”²² impiegato da alcuni studiosi per definire il nuovo autoritarismo in America Latina. Tra questi, il sociologo cileno Manuel Antonio Garretón²³ ha sostenuto che per comprendere la natura dei regimi del Cono Sud, non si può prescindere dal considerare il processo di modernizzazione, professionalizzazione e omogeneizzazione ideologica delle Forze Armate realizzatosi sotto l’egemonia americana. Analizzando le caratteristiche e l’evoluzione

¹⁸ Per ulteriori approfondimenti sul tema si veda G. O’Donnell, *Las Fuerzas Armadas y el Estado Autoritario del Cono Sur de América Latina*, Claeht, Montevideo, 1981; Id., *Las tensiones en el Estado-burocrático autoritario y la cuestión de la democracia*, in D. Collier (ed.), *El nuevo autoritarismo en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., FCE, 1985.

¹⁹ Cfr. J.M. Busquets e A. Delbono, *La dictadura cívico-militar en Uruguay (1973-1985): aproximación a su periodización y caracterización a la luz de algunas teorizaciones sobre el autoritarismo*, in «Rev. De La Facultad De Derecho», 2016, 41, Montevideo, p. 69.

²⁰ *Ivi*, pp. 69-70.

²¹ Cfr. A. Stepan, *Repensando a los militares en política. Cono Sur: un análisis comparado*, Planeta, Buenos Aires, 1988, p. 31.

²² *Ivi*, p. 32.

²³ Cfr. M.A. Garretón, *Proyecto, trayectoria y fracaso en las dictaduras del Cono Sur, un balance*, in «Rev. Alternativas», Editorial Cerc, Santiago de Chile, 1984, pp. 8-9.

del nuovo autoritarismo, Garretón ha applicato uno schema analitico che evidenzia la presenza di due dimensioni in ciascuno dei regimi²⁴: una dimensione “reattiva” o “difensiva”, posta in essere attraverso una logica repressiva e controrivoluzionaria, e una dimensione “trasformativa” o “fondante”, volta a riorganizzare il quadro istituzionale e fondare un nuovo ordine sociale e politico.

Come evidenziano i ricercatori argentini José M. Busquets e Andrea Delbono²⁵, la portata delle dimensioni individuate da Garretón, fu diversa in ciascuna esperienza nazionale. A seconda delle peculiarità del caso specifico, l’entità della dimensione reattiva assunse minore o maggiore intensità, in relazione al grado di percezione della minaccia presente nella società e all’efficacia dell’apparato militare nell’esercitare l’azione repressiva. L’entità della dimensione fondante, invece, fu data dall’eventuale presenza di un nucleo egemonico in grado di portare avanti il progetto – al di là degli interessi delle fazioni in conflitto – e alla reazione della società di fronte alle trasformazioni promosse dalla dittatura.

Nel caso dell’Uruguay, mentre il primo periodo (1973-1976) fu caratterizzato dall’attivazione della sola logica repressiva e controrivoluzionaria (reattiva), a partire dal 1976, con l’uscita di Bordaberry dallo scenario politico e la fine della c.d. “fase commissariale” della dittatura²⁶, la dimensione reattiva fu accompagnata dalla dimensione fondante²⁷. Come si evince anche dall’analisi degli storici uruguaiani Gerardo Caetano e José Rilla: «el 1976 era sin dudas un año crucial [...] la clave – para los militares – residía en superarlo sin elecciones, pero con un plan político de mediano plazo que diera para la fundación del “nuevo orden”»²⁸.

²⁴ *Ivi*, pp. 12-13; Per ulteriori approfondimenti si rimanda a Id., *El proceso político chileno*, Santiago de Chile, Flacso, 1983, p. 165 ss.

²⁵ Cfr. J.M. Busquets e A. Delbono, *op. cit.*, p. 71.

²⁶ Cfr. L. E. González, *Transición y restauración democrática*, Ciesu, Montevideo, 1985, pp. 104-105

²⁷ Cfr. J.M. Busquets e A. Delbono, *op. cit.*, p. 79 ss.

²⁸ G. Caetano e J. Rilla, *Breve historia de la dictadura*, Ebo, Montevideo, 1987, p. 63, «Il 1976 era stato indubbiamente un anno cruciale [...] la chiave, per i militari, stava nel superarlo senza elezioni, ma con un piano politico a medio termine che prevedesse la fondazione del “nuovo ordine”», (la traduzione è mia).

Come evidenzia il politologo argentino Andrés Tzeiman²⁹, l'intellettuale brasiliano Ruy Mauro Marini ritiene, invece, che le dittature del Cono Sud furono il risultato di un processo di natura regionale, scaturito dal cambiamento della strategia statunitense, dalla formulazione della "dottrina della contro-insurrezione" e dalla trasformazione strutturale della borghesia creola. Catalogandoli come "Stati della contro-insurrezione", Marini sottolinea che la caratteristica principale dei regimi in questione fu la direzione congiunta dello Stato da parte delle Forze Armate e del capitale monopolistico.

All'interno del dibattito intellettuale si è discusso anche sulla validità del processo di astrazione operato da alcuni studiosi per applicare la categoria del "fascismo"³⁰ alla realtà latinoamericana. In particolare, il noto sociologo e politologo argentino Atilio Borón, ha contestato la portata universale della categoria "fascista" sostenuta da diversi esponenti delle scienze sociali, tra cui il sociologo ecuadoriano Augustín Cueva.

Partendo dalla considerazione che il fascismo si configurò come una tipologia specifica di controrivoluzione borghese³¹, Borón rifiuta l'utilizzo di una categoria nata in Europa intorno agli anni trenta del XX secolo per descrivere e concettualizzare un fenomeno storico occorso in America Latina nella seconda metà del XX secolo e inserito in un contesto economico e sociale differente. Dai cambiamenti avvenuti nello scenario internazionale, cioè, è possibile distinguere la specificità dei regimi latinoamericani da quelli fascisti.

I regimi del Cono Sud si imposero durante una fase di evoluzione del capitalismo monopolistico e furono caratterizzati dall'ascesa delle Forze Armate³², dall'assenza di una ideologia totalitaria e dalla mancanza del consenso di massa. Per questa ragione, gli unici elementi comuni ai due fenomeni, la repressione e il terrore, non sono suffi-

²⁹ Cfr. A. Tzeiman, *El concepto de fascismo y las dictaduras militares: Agustín Cueva y los debates de teoría política en los años setenta y ochenta*, in «Rev. Latinoamericana», 2019, 68, Ciudad de México, pp. 215-216. Si veda anche R.M. Marini, *Intervención en la mesa redonda "Las fuentes externas del fascismo"*, in «Cuadernos Políticos», 18, s.l., pp. 13-34.

³⁰ Si veda A. Tzeiman, *op. cit.*, pp. 212-215.

³¹ *Ivi*, pp. 212-219.

³² *Ivi*, pp. 220-221.

cienti per giustificare l'applicazione della categoria "fascismo" all'autoritarismo del Cono Sud. Secondo Borón la categoria dello "Stato militare" esprime con maggiore precisione le caratteristiche dei nuovi regimi.

È possibile affermare, dunque, che durante gli anni sessanta e settanta, il "processo di militarizzazione", inteso come «control de los militares sobre los civiles, así como la creciente penetración de los intereses de carácter militar en el tejido social», si convertì in "militarizzazione dello Stato"³³, che significò una «colonización de la mayoría de las estructuras estatales y paraestatales por los militares y la fusión total o parcial entre los aparatos represivos y los otros aparatos del sistema de dominación política»³⁴.

Basti pensare che nonostante a partire dal 1930, l'ascesa dei militari sulla scena politica rappresentasse una prassi consolidata in Argentina, l'obiettivo delle Forze Armate nel 1966 e nel 1976³⁵, andò oltre il ripristino dell'ordine e la normalizzazione della situazione. Secondo il politologo argentino Hugo Quiroga, durante la proclamata Rivoluzione Argentina del 1966-1973 e il Processo di Riorganizzazione Nazionale (PRN) del 1976-1983: «las Fuerzas Armadas [...] procuran, desde un nuevo tipo de golpe de Estado, reestructurar la sociedad y el Estado argentinos»³⁶.

In realtà, il parallelismo appena evidenziato non rappresenta una teoria generalmente condivisa e accettata da tutti gli esperti in

³³ G. Pasquino, *Militarismo*, in N. Bobbio e N. Matteucci, *Diccionario de política*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1983, pp. 1000-1006, citato da I. Crespo Martínez e F. Filgueira, *La intervención de las fuerzas armadas en la política latinoamericana*, in «Rev. de estudios políticos», 80, s.l., 1993, p. 298 «Controllo dei militari sui civili, così come la crescente penetrazione di interessi di natura militare nel tessuto sociale», (la traduzione è mia).

³⁴ Cfr. M. Lowy ed E. Sader, *La militarization de l'État en Amérique Latine*, in «Rev. Tiers Monde», 17, Paris, 1976, citato da I. Crespo Martínez e F. Filgueira, *op. cit.*, p. 298. «Colonizzazione della maggior parte delle strutture statali e parastatali da parte dei militari e la fusione totale o parziale tra gli apparati repressivi e gli altri apparati del sistema di dominio politico», (la traduzione è mia).

³⁵ Cfr. D.H. Benítez e C. Mónaco, *La dictadura militar, 1976-1983*, in G. Kessler e M. Luzzi, *Problemas socioeconómicos contemporáneos*, Buenos Aires, 2007, p. 153.

³⁶ H. Quiroga, *op. cit.*, p. 42, «Le Forze Armate [...] tentarono, attraverso un nuovo tipo di colpo di Stato, di ristrutturare la società e lo Stato argentini», (la traduzione è mia).

materia. Pur riconoscendo l'esistenza di punti di contatto e di caratteristiche comuni tra le due dittature argentine, secondo alcuni studiosi il regime autoritario che operò a partire dal 1976, costituisce un'esperienza singolare nel panorama storico, politico e istituzionale del Paese.

Come sottolineato dallo storico argentino Daniel Mazzei, il *golpe* del 1976:

Fue el *único* planificado hasta el *último* detalle. Todos los demás terminaron improvisándose. [...] El de 1966, que es visto como el más armado, venía siendo preparado pero lo lanzaron porque se asustaron: pensaron que se venía un contragolpe, y se lanzaron sin la venia de Onganía. [...] En 1976, por otro lado, estaban hasta las listas de objetivos, con nombre y apellido, lugares que debían ser tomados³⁷.

Anche Pilar Calveiro, nota politologa argentina che visse in prima persona gli orrori della dittatura, ritiene che questo periodo non abbia precedenti poiché la forza del *poder desaparecedor*³⁸ che si affermò a partire dal marzo del 1976, «avanzó sobre lo material y lo simbólico, sobre los cuerpos y las ideas»³⁹. Allo stesso modo, come evidenzia la ricercatrice argentina María Soledad Catoggio⁴⁰, solo con la proclamazione del PRN si registrò una sistematizzazione delle operazioni repressive. La principale novità che caratterizzò la seconda dittatura argentina fu l'istituzione di un sistema di detenzione e di *desaparición* clandestino, che iniziando ad operare su scala nazionale e ad acquisire sofisticazione burocratica, si convertì nella strategia repressiva per eccellenza.

³⁷ L'intervista a Daniel Mazzei è disponibile al link www.infojusnoticias.gov.ar/entrevistas/fue-el-unico-golpe-de-estado-planificado-hasta-el-ultimo-detalle-121.html, «Fu l'unico pianificato nei minimi dettagli. Tutti gli altri furono improvvisati [...] Quello del 1966, considerato il più armato, era stato preparato ma fu lanciato per paura: temevano un contrattacco e si lanciarono senza il consenso di Onganía. [...] Nel 1976 invece, furono stilate perfino le liste degli obiettivi, con nomi, cognomi, luoghi da occupare», (la traduzione è mia).

³⁸ Cfr. P. Calveiro, *Poder y desaparición. Los campos de concentración en la Argentina*, Colihue, Buenos Aires, 2006.

³⁹ D.H. Benítez e C. Mónaco, *op. cit.*, p. 5, «Oltrepassò il materiale e il simbolico, i corpi e le idee», (la traduzione è mia).

⁴⁰ Cfr. M.S. Catoggio, *op. cit.*, pp. 3-6.

3. *Le ambiguità della dittatura cilena*

L'ascesa al potere da parte dei militari nel Cono Sud diede luogo a un processo storico irreversibile⁴¹, segnato dall'abolizione delle tradizionali istituzioni pubbliche e da una diversa amministrazione della vita politica. Ciò provocò l'alterazione della forma di Stato e l'attuazione di operazioni repressive contro molti settori della società civile. Proprio l'utilizzo della violenza politico-militare⁴², si tradusse in un «progetto di dominazione continentale, di natura egemonica» volto a riformulare lo storico rapporto dialettico tra instabilità politica e intervento militare tipico del passato.

Se da un lato le Forze Armate, nell'esercizio di attività extra-militari, si trasformarono in veri e propri attori politici, dall'altro, i regimi del Cono Sud si caratterizzarono per aver elaborato meccanismi di successione presidenziale e di ripartizione delle cariche statali al fine di assicurare la continuità della dittatura⁴³ e scongiurare il fenomeno della personalizzazione del potere⁴⁴.

A tal proposito si rende necessaria una riflessione sul caso cileno. Nonostante in un primo momento la direzione governativa fosse ripartita equamente fra i tre componenti della Giunta militare⁴⁵, dopo appena un anno dall'imposizione del nuovo regime, il potere finì per concentrarsi principalmente nelle mani del generale e comandante in capo all'esercito Augusto Pinochet, designato Presidente della Repubblica cilena nel dicembre del 1974.

Ciò non si verificò in Argentina e in Uruguay, dove per evitare la concentrazione del potere nelle mani di un singolo, la Giunta militare operò in qualità di organo collegiale. In Argentina⁴⁶, ad esempio,

⁴¹ Cfr. F. Victoriano, *Estado, golpes de Estado y militarización en América Latina: una reflexión histórico política*, in «Argumentos», 2010, 23, Ciudad de México, pp. 176-178.

⁴² Cfr. R. Bergalli, *El vuelo del Cóndor sobre la cultura jurídica y el sistema político*, in S. Blixen (ed.), *Operación Cóndor*, Virus Editorial Uruguay, 1998, p. 12.

⁴³ Cfr. H. Quiroga, *El tiempo...*, cit.

⁴⁴ Cfr. J.C. Rostica, *Las dictaduras militares en Guatemala (1982-1985) y Argentina (1976-1983) en la lucha contra la subversión*, in «Rev. Latinoamérica», 2015, 65, Ciudad de México, p. 16.

⁴⁵ Cfr. Á. Góngora Escobedo, *Historia de Chile Del período parlamentario a los gobiernos de la Concertación (1891-2006)*, Santiago de Chile, 2021, p. 76.

⁴⁶ Cfr. D.H. Benítez e C. Mónaco, *op. cit.*, p. 153.

nonostante lo storico predominio dell'Esercito prevalse sempre nei rapporti con gli altri rami delle Forze Armate, l'autorità di Videla non sconfinò mai oltre i poteri conferitegli.

Per questa ragione la figura di Pinochet e le caratteristiche della dittatura cilena⁴⁷ sono stati oggetto di profondi dibattiti in campo politico e storiografico. In particolare, la personalizzazione del potere e il livello di istituzionalizzazione del regime, rappresentano i profili di maggiore complessità nelle diverse proposte d'analisi.

Mentre O'Donnell parla di "Stato burocratico-autoritario", il politologo cileno Carlos Huneeus⁴⁸ definisce la dittatura cilena "Regime di Pinochet", escludendo così l'ipotesi di un totalitarismo militare in senso stretto. Huneeus individua tre specifiche identità che caratterizzarono il sistema politico cileno: l'identità coercitiva, l'identità economica e l'identità personale. Nel testo è evidente il profilo personalista del regime cileno: Pinochet

Fue jefe de Estado, de Gobierno y del Ejército, ejerciendo cada uno de sus cargos con celosa simultaneidad, consciente de que la principal base de su autoridad era la legitimidad derivada de su condición de ser el superior jerárquico de la rama más importante y también poderosa de las Fuerzas Armadas. También fue el puente que unió las dos caras opuestas del régimen autoritario, esto es, la irracionalidad coercitiva y la racionalidad económica, siendo al mismo tiempo el superior directo del general Contreras y de los Chicago Boys⁴⁹.

La sociologa spagnola Marisa Revilla Blanco e lo storico argentino Waldo Ansaldi hanno accolto parzialmente la lettura del poli-

⁴⁷ Cfr. A. Monsálvez, G. Danny, *La dictadura militar de Augusto Pinochet como Nueva Historia Política: Perspectiva historiográfica y algunos temas para su indagación*, in «Revista Austral de Ciencias Sociales», 2012, 23, Valdivia, p. 63.

⁴⁸ Si veda C. Huneeus, *El régimen de Pinochet*, Editorial Sudamericana, Santiago, 2000.

⁴⁹ *Ivi*, p. 52, «Fu Capo di Stato, del Governo e dell'Esercito, esercitando ciascuna delle sue cariche con gelosa simultaneità, consapevole che la sua autorità dipendeva principalmente dalla legittimità di cui godeva per il fatto di essere il superiore gerarchico del ramo più importante e poderoso delle Forze Armate. Rappresentò anche il ponte d'unione tra le due facce opposte del regime autoritario, la razionalità coercitiva e la razionalità economica, essendo allo stesso tempo il superiore diretto del generale Contreras e il superiore dei Chicago Boys», (la traduzione è mia).

tologo cileno. Nella *Reseña de "El régimen de Pinochet" de Carlos Huneeus*, Revilla Blanco⁵⁰, pur riconoscendo che il regime civile-militare cileno si caratterizzò per un alto grado di personalizzazione del potere, ha specificato che il livello di istituzionalizzazione delle Forze Armate, fu sufficiente per escludere l'ipotesi di un potere personale assoluto.

D'altra parte, Waldo Ansaldi⁵¹, si è espresso positivamente circa l'applicabilità della categoria di dittatura istituzionale delle Forze Armate: la sussistenza della personalizzazione del potere non privò il regime in questione della caratteristica di dittatura istituzionale.

Si ricorda che, alcuni settori della società giocarono un ruolo di fondamentale importanza nel sostegno alle dittature del Cono Sud. Infatti lo stesso processo di istituzionalizzazione dei settori militari fu appoggiato dalla classe imprenditoriale e capitalista⁵², e da quella parte della società civile che si sentiva minacciata dalle forze rivoluzionarie e socialiste. Secondo il politologo francese Alain Rouquié, i regimi militari del Cono Sud combinarono la violenza repressiva con il liberalismo economico al fine di «...reestructurar la economía y la sociedad con el objeto de establecer un orden contrarrevolucionario y permanente, así como una vida política y social sin riesgos para el status quo»⁵³.

Il grado di collaborazione tra settore capitalista e istituzioni militari, fu rilevante soprattutto nel caso cileno⁵⁴, dove sorse un tipo di co-alizzazione che la letteratura brasiliana ha definito "capitalismo associato".

Il progetto economico perseguito dai regimi militari consisteva nello smantellamento del sistema capitalista precedente, ormai contaminato da elementi populistici e interventisti, a favore di un capitalismo al passo con lo sviluppo dell'economia mondiale. Nella pratica, in

⁵⁰ Cfr. M. Revilla Blanco, *Reseña de "El régimen de Pinochet" de Carlos Huneeus*, in «Revista Española de Investigaciones Sociológicas», 2002, Madrid, p. 274 ss.

⁵¹ Cfr. W. Ansaldi, *op. cit.*, p. 35.

⁵² Cfr. O. Sass, C.A. Giovanazzo Júnior, D. Martinez, H. Ciampi, L.M. De Oliveira Rodrigues e M.A. Güllnitz Zampronha, *op. cit.*, p. 50.

⁵³ A. Rouquié, *A la sombra de las dictaduras: la democracia en América Latina*, Fce, Buenos Aires, 2011, p. 116, «Ristrutturare l'economia e la società al fine di stabilire un ordine controrivoluzionario e permanente, così come una vita politica e sociale senza rischi per lo *status quo*», (la traduzione è mia).

⁵⁴ Cfr. A. Monsálvez, G. Danny, *op. cit.*, p. 51.

Argentina e in Uruguay, il progetto si rivelò un fallimento, perché rifiutato dalla società e, probabilmente, perché i regimi rimasero al potere per circa un decennio. Diverso è il caso del Cile dove, data la presenza di un nucleo egemonico composto da Pinochet e dal gruppo tecnocratico dei *Chicago Boys*, il progetto trasformatore ebbe un impatto molto più radicale nella società⁵⁵.

Il programma di ricostruzione capitalista in chiave neoliberista rappresentò⁵⁶, dunque, uno degli elementi essenziali della coalizione civile-militare del regime cileno.

L'obiettivo del piano economico⁵⁷, noto come *El Ladrillo*, consisteva nella sostituzione del vecchio modello di sviluppo, basato sull'ISI e sul ruolo cardine dello Stato nell'economica, con un nuovo modello di sviluppo *hacia afuera*, finalizzato a ridurre l'interventismo pubblico e a favorire l'ingresso dei beni e dei capitali finanziari esteri.

Secondo Heuneus, la dittatura cilena si configurò come l'unico modello di *dictadura desarrollista*⁵⁸ affermatasi nel corso della seconda metà del XX secolo. Infatti, a differenza di altre esperienze, furono le caratteristiche stesse del contesto autoritario cileno⁵⁹ a favorire la permeabilità e l'applicazione delle nuove politiche economiche, e il loro utilizzo per finalità legittimatorie.

4. “Dottrina della Sicurezza Nazionale”: logiche e funzione

Potremmo dire che, a fronte delle diverse proposte interpretative citate, non emerge un'ideologia totalitaria in senso stretto. Tuttavia, se l'obiettivo delle svolte autoritarie proclamate dai *golpes* si tradusse in una ridefinizione dell'apparato statale, bisogna chiedersi quale fu, e che valore avesse, la logica di fondo che mosse i regimi militari in tal senso.

⁵⁵ Cfr. O. Sass, C.A. Giovanazzo Júnior, D. Martinez, H. Ciampi, L.M. De Oliveira Rodrigues e M.A. Güllnitz Zampronha, *op. cit.*, pp. 53-54.

⁵⁶ Cfr. M. Revilla Blanco, *op. cit.*, p. 277; M. Ponisio, *El ciclo de las dictaduras del Cono Sur: Los casos de Argentina, Chile y Brasil. Estrategias de abordaje para el aula*, in «Historia Regional», 2014, 32, Rosario, p. 167.

⁵⁷ Cfr. M. Ponisio, *op. cit.*, p. 167.

⁵⁸ Cfr. C. Huneus, *op. cit.*, p. 36.

⁵⁹ Cfr. M. Revilla Blanco, *op. cit.*, p. 277.

La “Dottrina della sicurezza nazionale” (DSN)⁶⁰ fu la macro-teoria militare che legittimò il nuovo autoritarismo. Essa si sviluppò sotto l’influenza politica⁶¹, ideologica e militare nordamericana e giustificò l’occupazione delle istituzioni statali ad opera dei militari a partire dagli anni sessanta.

Gli antecedenti più antichi della DSN risalgono al periodo compreso tra il XIX e la metà del XX secolo⁶², quando l’affermazione del militarismo sudamericano, favorì l’attribuzione di un ruolo cardine ai militari nel quadro politico e istituzionale.

Secondo Rouquié⁶³, il processo di modernizzazione e di professionalizzazione militare – che si realizzò a partire dai primi anni del XX secolo – favorì non solo una maggiore partecipazione degli eserciti nei processi di costruzione statale, ma anche la loro ingerenza nelle questioni di sicurezza ed integrazione nazionale.

Con l’inizio della Guerra fredda, lo sviluppo istituzionale della politica statunitense nel subcontinente determinò la diffusione della concezione nordamericana della sicurezza nazionale⁶⁴ in America del Sud. Attraverso l’elaborazione della Dottrina Truman, la stipulazione del TIAR e l’istituzione della OEA, gli USA si fecero promotori di un progetto di integrazione e unificazione militare continentale⁶⁵, assoggettando le istituzioni militari latinoamericane alla propria direzione strategica.

A tal riguardo, è bene sottolineare che molte delle tecniche impartite ai militari latinoamericani nelle scuole di formazione e adde-

⁶⁰ Cfr. F. Leal Buitrago, *El oficio de la guerra: la seguridad nacional en Colombia*, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1994, p. 1.

⁶¹ *Ivi*, p. 16.

⁶² Cfr. Id., *La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur*, in «Revista de Estudios Sociales», 2003, 25, Bogotá, pp. 76-77.

⁶³ Cfr. A. Rouquié, *El Estado militar en América Latina*, Emecé editores, Buenos Aires, 1984, p. 114.

⁶⁴ Cfr. F. Leal Buitrago, *La doctrina...*, cit., pp. 77-80.

Mentre in passato l’intervento militare nordamericano si concentrò prevalentemente in America Centrale e nei Caraibi, a partire dalla formulazione della DSN, l’atteggiamento celato assunto dagli USA in Sudamerica fu sostituito da un approccio molto aggressivo. L’interferenza nordamericana nei colpi di Stato militari in Brasile nel 1964 e il Cile nel 1973 rappresentano solo i due casi più esemplari.

⁶⁵ Cfr. F. Leal Buitrago, *La doctrina...*, cit., p. 78.

stramento⁶⁶, furono sperimentate dai militari francesi durante il periodo delle guerre d'Indocina e d'Algeria. È in questo momento che fu elaborata la "Dottrina della Sicurezza Nazionale", ossia la declinazione latinoamericana della sicurezza nazionale statunitense⁶⁷, la cui applicazione si registrò soprattutto nei Paesi del Cono Sud⁶⁸.

La storiografia latinoamericana non ha espresso una visione unanime circa il valore assunto dalla DSN nei regimi del Cono Sud. Per Waldo Ansaldi ed Edgard Velásquez⁶⁹, la DSN rappresentò il fondamento ideologico delle dittature, per Rouquié⁷⁰ non si configurò come un'ideologia nel senso stretto del termine, ma fu semplicemente utilizzata dai militari per giustificare la propria attività.

Il sociologo colombiano Francisco Leal Buitrago precisa che, mentre la dittatura argentina, al pari di quella brasiliana, si configurò come modello ideale nell'applicazione della Dottrina, in Cile, si sviluppò una versione della DSN caratterizzata da elementi *desarrollistas*. Tale variazione risentì dell'alterazione del corporativismo a fronte dell'affermazione di una dittatura di tipo personalistico. In Uruguay invece, nonostante fu utilizzata per guidare e giustificare i colpi di stato, la Dottrina si sviluppò solo parzialmente. Probabilmente fu la tradizione civilistica presente nel Paese⁷¹ ad impedire che sopravvivesse a lungo e penetrasse completamente nel tessuto sociale. Allo stesso modo, secondo il politologo e scrittore uruguayano Jaime Yaffé⁷², in Uruguay la DSN non si sviluppò in maniera tale da affermarsi come ideologia nazionale. Appare evidente, quindi, che la portata della Dottrina non fu di matrice pienamente ideologica, soprattutto se si considera che fu diversamente applicata e declinata nei singoli contesti.

⁶⁶ *Ivi*, p. 32.

⁶⁷ *Ivi*, p. 74.

⁶⁸ *Ivi*, p. 83.

⁶⁹ Cfr. W. Ansaldi, *op. cit.*, p. 29 ss.; E. Velásquez Rivera, *Historia de la Doctrina de la Seguridad Nacional*, in «Convergencia», 27, Toluca, 2002, pp. 12-13.

⁷⁰ A. Rouquié, *Dictadores...*, cit., p. 8.

⁷¹ Cfr. F. Leal Buitrago, *La doctrina...*, cit., pp. 81-83.

⁷² Cfr. J. Yaffé, *La dictadura uruguaya (1973-1985): nuevas perspectivas de investigación e interpretación historiográfica*, in «Estudios Ibero-Americanos», 38, Porto Alegre, 2012, p. 18.



Questo volume è stato impresso
nel mese di dicembre dell'anno 2021
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy
red.nignat - ftc.cimgio

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: www.edizioniesi.it

