



SPECIALE CIVILE

Le unioni tra le persone dello stesso sesso

SPECIALE PENALE

**Materialità ed offensività: i reati in tema di ingresso-soggiorno
illegali nel territorio dello Stato**

SPECIALE AMMINISTRATIVO

**Liberalizzazioni, semplificazioni e privatizzazioni
-II^a parte-**

ALL'INTERNO INTERVISTA A

Maurizio Santoloci

**- magistrato di Cassazione con funzione di
giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Terni -**

Rivista telematica giuridico-scientifica

Anno 2012

Maggio

La rivista telematica "Nuove frontiere del diritto" nasce dalla intuizione di alcuni studenti (ora divenuti magistrati, alti funzionari, professionisti ed avvocati) di dar vita ad una piattaforma culturale globale e senza fini di lucro, in cui far confluire contenuti non solo strettamente giuridici, ma anche di attualità.

La cronaca giudiziaria infatti ha assunto ormai un ruolo predominante nella informazione quotidiana e troppo spesso si assiste al fenomeno per cui i processi si svolgono prima in televisione che in tribunale.

Ciò rappresenta un evidente corto circuito logico, cui ci si deve opporre prima come cittadini che come giuristi.

Per tale ragione la rivista ha inserito nel suo comitato scientifico non solo giuristi di eccellenza, ma anche importanti firme giornalistiche di operatori del settore, con la precipua finalità di fornire contributi obiettivi e giuridicamente comprensibili non solo all'operatore del diritto, ma anche a qualsiasi lettore che per la prima volta si approcci al mondo del diritto.

La parte più strettamente giuridica della rivista si compone di numerose sezioni didattiche di alto profilo (pubblicazione di temi, pareri, saggi giuridici, note a sentenze) scritte sempre con un occhio attento al lettore: prima che spiegare, si vuole insegnare. Insegnare al lettore a ragionare in primo luogo sulle disposizioni, per poi valutare il risultato ermeneutico con la giurisprudenza e la dottrina. Per tale ragione i contributi, quindi, non rappresentano sterili e sterminati resoconti dottrinali e giurisprudenziali (tanto di moda oggi), ma analisi condotte sul piano logico-normativo.

Si è inoltre scelto di includere tra i collaboratori anche studenti e ricercatori, non ancora arrivati al culmine della loro carriera, ma che hanno dimostrato di essere validi giuristi sulla base di una attenta selezione. Non bisogna infatti dimenticare che il superamento di un concorso, per quanto importante, non conferisce da solo il crisma delle bravura e, soprattutto, che l'errore peggiore che può commettere un giurista è quello di ritenere di non aver più nulla da imparare.

"Nuove frontiere del diritto" è dunque una rivista che, pur affiancata ed integrata da un comitato scientifico di eccellenza, nasce dalla base, perché tutti sono partiti dalla base.

In occasione del trasferimento della rivista dalla piattaforma forum free alla piu' ambiziosa piattaforma <http://www.nuovefrontierediritto.it> non ci si può esimere dal fornire ai lettori le motivazioni di tale scelta.

La spiegazione di tale decisione risiede nel noto brocardo "memento audere semper". Nella vita, infatti, non ci si deve mai scordare di osare, di credere nei propri ideali e di non rinunciare mai ad essi.

Per tali ragioni si e' deciso, terminata la fase sperimentale, di ingrandire il progetto al fine di conferirgli una maggior diffusione negli ambienti scientifici e, soprattutto, di dotarlo di una piattaforma multimediale in grado di soddisfare le esigenze del lettore, senza perdere le due caratteristiche principali della rivista: l'indipendenza e la gratuità.

Il progetto e' stato possibile grazie a numerosi collaboratori, giuristi e non giuristi, i quali, gratuitamente, hanno contribuito, mattone dopo mattone, a costruire questo immenso edificio. Ci auguriamo che i lettori continuino a seguirci, contribuendo in tal modo a far crescere l'ambizioso progetto.

Un sentito ringraziamento va al dott. Riccardo Scannapieco, il quale ha instancabilmente e con grande professionalità lavorato per rendere possibile il passaggio alla nuova piattaforma.

Federica Federici

Samantha Mendicino

Davide Nalin

Fondatore: Federica Federici

Direzione: Federica Federici e Davide Nalin

Coordinamento e redazione: Federica Federici – Davide Nalin – Samantha Mendicino

Webmaster: Riccardo Scannapieco

Comitato scientifico: Alberto Mingarelli (Vice Procuratore Generale Corte dei conti) - Emanuela Loria (magistrato T.A.R.) - Davide Nalin (magistrato) - Massimo Marasca (magistrato) - D.ssa Federica Federici - Fabiana Rapino (magistrato) – Prof. Avv. Carlo Pilia - Avv. Samantha Mendicino - Avv. Domenico Salvatore Alastra - Barbara Carfagna (giornalista) - Avv. Luigi Caffaro - Avv. Alessia Canaccini - Luca Marzullo (magistrato)

Hanno collaborato alla rivista del mese: - Alessandro Gasparini (magistrato) - Avv. Danila D'Alessandro - Avv. Barbara Carrara - Claudia Maria Ardita (magistrato) - Dott. Michele Molinari (funzionario Direzione Regionale Toscana dell'Agenzia Entrate - Settore controlli, contenzioso e riscossione) - Giselda Stella (magistrato) - D.ssa Rosalia Manuela Longobardi - Pietro Algieri - Paola Lena (scrittrice)

Nuove frontiere del diritto è una rivista *on line* su www.nuovefrontierediritto.it

ISSN 2240 - 726X

Copyright 2012 - Proprietà letteraria e tutti i diritti riservati

Nuove frontiere del diritto ha un **Gruppo Facebook**, una pagina **Facebook** ed una pagina **Twitter** (@RedazioneNfd)

Le nostre e-mails: redazione@nuovefrontierediritto.it

info@nuovefrontierediritto.it

friends@nuovefrontierediritto.it

Attenzione: La pirateria editoriale ed informatica sono reati. I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, riproduzione ed adattamento (totale o parziale), con qualunque mezzo, sono riservati per tutti i Paesi. La riproduzione per uso personale del contenuto di ciascuna rivista è possibile nel limite del 15% (L. n. 248/2000). Tutte le altre forme di riproduzioni potranno avvenire solo a seguito di precisa richiesta da avanzare a redazione@nuovefrontierediritto.it e solo dopo specifica autorizzazione rilasciata da *Nuove frontiere del diritto*. In caso contrario sono fatti salvi tutti i diritti, i quali si faranno valere sia in sede penale che in quella civile.

NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO

SOMMARIO

- ✚ A lezione di... D. Civile
- ✚ A lezione di... D. Penale
- ✚ A lezione di... D. Amministrativo
- ✚ A lezione di... D. Tributario
- ✚ Concorsi - Abilitazioni (*)
- ✚ Eserciziario (*)
- ✚ Massimario Diritto Civile - Penale ed Amministrativo (*)
- ✚ *Focus*
- ✚ Criminologia del Nuovo Millennio
- ✚ Oltre il mio nome
- ✚ Convivenza uomo-animale
- ✚ Il brocardo del mese
- ✚ Spigolature
- ✚ Recensioni e novità editoriali (*)
- ✚ Eventi e Convegni (*)
- ✚ LICEO A LUCI ROSSE - Il feilleuton di Paola Lena - IV Capitolo

(*) dal mese di Aprile 2012 le relative Rubriche si troveranno sul sito www.nuovefrontierediritto.it

INDICE



A lezione di...

DIRITTO CIVILE

- Le unioni tra persone dello stesso sesso in prospettiva comparatistica: le soluzioni possibili (Alessandro Gasparini) pag. 10
- Le unioni tra persone dello stesso sesso a cavallo tra inesistenza giuridica ed inefficacia: le possibili soluzioni (sommario) pag. 37
- Delimitazione dell'oggetto della ricerca e premesse metodologiche (Davide Nalin) pag. 38
- I rapporti contrattuali di fatto: coppie di fatto eterosessuali ed omosessuali. Differenze e analogie. (Alessia Canaccini) pag. 40
- Il matrimonio tra persone dello stesso sesso tra questioni di legittimità costituzionale e esigenze di tutela (Alessia Canaccini) pag. 48
- La sentenza della Corte di Cassazione. I sez. 15 marzo 2012, n. 4184: verso il matrimonio tra coppie dello stesso sesso? (Domenico Salvatore Alastra) pag. 54
- Preclusa la adozione alle coppie omosessuali: sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (sentenza 15 marzo 2012, ricorso n. 25951/07) (Samantha Mendicino) pag. 74
- Il riconoscimento delle unioni di fatto tra persone dello stesso sesso : l'insoluto contrasto tra diritto e scienza. (Davide Nalin) pag. 78

DIRITTO PENALE

- Materialità ed offensività: i reati in tema di ingresso illegale nel territorio dello Stato ed in materia di stupefacenti (sommario) pag. 84
- Introduzione (Samantha Mendicino) pag. 85
- Il principio di materialità: inquadramento generale (Danila D'Alessandro) pag. 87
- Il principio di offensività: inquadramento generale ed i suoi rapporti col principio di materialità (Barbara Carrara) pag. 93

- Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello stato dell'extracomunitario e le querelle sull'aggravante dell'ingresso illegale (Claudia Maria Ardita) pag. 112

DIRITTO AMMINISTRATIVO

- La giurisdizione della Corte dei conti sui periti e sui consulenti con funzioni pubbliche "delegate" (Alberto Mingarelli) pag. 132
- Semplificazione, liberalizzazione e privatizzazione "*nomina sunt consequentia rerum*". Il sommario¹ pag. 140
- Il D.L. n. 1/2012: una prima analisi (Davide Nalin) pag. 141
- Liberalizzazioni nella avvocatura o della avvocatura? (Luigi Caffaro) pag. 147



Diritto tributario

- Il domicilio fiscale (Michele Molinari) pag. 156
- Credito di imposta per imposte pagate all'estero - giurisprudenza (Michele Molinari) pag. 165
- La scheda: domicilio fiscale (Michele Molinari) pag. 166



Focus

- "*Il diritto di asilo alla luce del diritto comunitario*"² - Normativa italiana: procedura amministrativa e giurisdizionale (Giselda Stella) pag. 168

¹ N.B.: la trattazione in materia di liberalizzazioni, semplificazioni e privatizzazioni è stata suddivisa in due parti: **la I^a parte**, generale, fornisce al lettore le competenze tecniche atte ad orientarsi nelle complesse questioni che hanno sollevato le più recenti riforme (in *Nuove frontiere del diritto* n. 4 mese di aprile pag. 91 e ss.). **La II^a parte** rappresenta, invece, una applicazione dei più rilevanti interventi normativi nella materia di riferimento

² Si tratta del primo appuntamento de "Lo Speciale" sul diritto di asilo



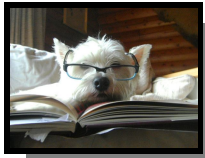
Criminologia del Nuovo Millennio

- I crimini del gruppo: banda e branco due distinti fenomeni (Rosalia Manuela Longobardi) pag. 175



Oltre il mio nome

- Intervista al giudice Maurizio Santoloci (Barbara Carrara - Samantha Mendicino)
Magistrato di Cassazione con funzione di giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Terni. È stato membro della Commissione ministeriale per la revisione del Testo Unico ambientale. E' direttore dell'Ufficio Legale nazionale della LAV (Lega Antivivisezione) pag. 178



Convivenza uomo-animale

- Ma quale maltrattamento? Son bestie! - Le molteplici forme del maltrattamento a danno degli animali (Samantha Mendicino) pag. 188



Il brocardo del mese

- *Negotium contra bonos mores* (Pietro Algieri) pag. 196



Spigolature

- Il buon costume (Samantha Mendicino)

pag. 202



LICEO A LUCI ROSSE - Il *feuilleton* di Paola Lena

V° Capitolo

pag. 207



A lezione di... diritto civile

Le unioni tra persone dello stesso sesso

in prospettiva comparatistica: le soluzioni possibili

di Alessandro Gasparini

1- Introduzione

La recente pronuncia della Corte di Cassazione del 15 marzo 2012 (oggetto di approfondita analisi in questo numero), nonché le ordinanze di rimessione del Tribunale di Venezia e della Corte d'Appello di Trento⁽³⁾ e la relativa sentenza della Corte Costituzionale 138/2010⁽⁴⁾, riaprono con forza il dibattito sulla

⁽³⁾ Tribunale di Venezia, III sezione civile ordinanza 3 aprile 2009 (est. Guerra) in *Resp. civ. e prev.* 2009, 1905, con nota di FERRANDO, *Il matrimonio gay: il testimone passa alla Consulta*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2009, 911 con nota BUFFONE *Riconoscibilità del diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso*; Corte d'Appello di Trento sezione civile, ordinanza 29 luglio 2009. Si v. anche le successive Corte di appello di Firenze, I sezione civile, ordinanza 3 dicembre 2009; Tribunale di Ferrara ordinanza 14 dicembre 2009. Ad ulteriore commento delle ordinanze v. anche BONINI BARALDI, *"Comizi d'amore" in tempo di crisi*, in *Fam. e dir.*, 2009, 8-9, 830; CRIVELLI *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte Costituzionale* in *Giur. Cost.* 2009, 726; FIORILLO *Matrimonio omosessuale: la lacuna italiana nella tutela dei diritti, alla luce della Costituzione e della normativa europea* in *Giur. Merito* 2009; MELANI *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte Costituzionale: azzardo o svolta?* in

www.forumcostituzionale.it; PATRONE *Il matrimonio tra persone omosessuali davanti alla Corte Costituzionale* in *Quest. Giust.* 2009, 143; PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2010.

⁽⁴⁾ Per alcuni commenti alla sentenza della Consulta v. D'Angelo, Spinelli, Silvis, Calzaretti, Melani, Pezzini, Pugiotto, Dal Canto, consultabili sul sito, ricercando la sentenza 138/2010: <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>. Nonché da ultimo GATTUSO,

tutela delle coppie formate da persone dello stesso sesso⁽⁵⁾, portando quella dottrina da sempre attenta a questo tema⁽⁶⁾ ad interrogarsi, scevra da pregiudizi

Matrimonio tra persone dello stesso sesso, in Trattato di Diritto di Famiglia, diretto da Paolo Zatti, Milano, 2011.

⁽⁵⁾ Per le vicende giudiziarie conclusesi la pronuncia del 15 marzo 2012, n. 4184, si v. Tribunale di Latina, decreto 10 giugno 2005, n. 3, commentato da BILOTTA, *Matrimonio (gay) all'italiana*, in NGCC, I, 1, 2006, pp. 86 ss.; BONINI BARALDI, *Il matrimonio fra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, in *Fam e dir.*, 4/2005, 418 ss.; CAVANA, *Sulla intrascrivibilità dell'atto di matrimonio validamente contratto all'estero tra persone dello stesso sesso*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 1268; DANOVÌ, *Sull'inesistenza e non trascrivibilità del matrimonio per identità di sesso*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 2, p. 1268 ss.; DOSI, *La Spagna è lontana: niente nozze gay. Quel sì è contrario all'ordine pubblico*, in *Dir e giust.*, 30/2005, 35 ss.; ORLANDI, *Matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso e sua efficacia giuridica in Italia*, in *Giur. merito*, 2005, 2292 ss.; SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero* in *Fam. e dir.* 4/2005, 411 ss.; v. anche MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale*, Torino, 2006, p. 62.

Corte d'appello di Roma, decreto 13 luglio 2006, commentata da BILOTTA, *Un'inattesa apertura costituzionale nonostante la conferma di inesistenza*, in *Guida al dir.*, 35/2006, pp. 59-60; SESTA, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?*, in *Fam e dir.* 2/2007, 166 ss.

Per completezza occorre richiamare anche una risalente pronuncia Trib. Roma, 28 giugno 1980, in *Giur.it.*, I, 1982, c. 170 ss., con nota di GALLETTO, identità di sesso e rifiuto delle pubblicazioni per la celebrazione del matrimonio. Con questa pronuncia fu rigettato il ricorso presentato da due uomini contro il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di procedere alle pubblicazioni per la celebrazione del matrimonio. I giudici affermarono che la mancanza del divieto di matrimonio tra omosessuali non poteva risolversi in un'autorizzazione implicita ma da esso doveva dedursi che tale fatto fosse totalmente estraneo al nostro ordinamento. Le ulteriori argomentazioni dei giudici furono di due ordini, linguistiche e storiche. Quanto alla prima, i giudici richiamano il significato della parola "matrimonio" data dal dizionario di italiano quale "accordo stipulato tra un uomo e una donna"; quanto alla seconda, si richiama la definizione del giurista romano Modestino (III sec. d.c.): «*Nuptiae sunt coniunctio mari et feminae, consortium omnis vitae, divini et umani iuris communicatio*». Infine dopo un'allusione alla coscienza popolare, il Tribunale di Roma giunge ad affermare che «né vengono in considerazione in questa sede altre libertà garantite dalla Costituzione», neutralizzando qualsiasi profilo di problematicità.

di matrice ideologica, sulle vere ragioni del diniego di matrimonio o di qualsiasi altra forma di tutela di dette convivenze.

Questo tema si presenta infatti particolarmente complesso interessando direttamente il concetto di famiglia nella sua dimensione sociale e culturale prima ancora che giuridica. I profondi mutamenti che hanno attraversato la società negli ultimi decenni hanno portato a concepire la famiglia sempre più come luogo dei propri affetti e della realizzazione dell'individuo⁷, allontanandosi da un visione per così dire istituzionale, ovvero tradizionale, caratterizzata dal fine procreativo e dalla diversità di sesso (così come si arriva a leggere anche nella sentenza della Cassazione del marzo 2012). Da questo punto di vista appare limitante e limitato restringere l'analisi del fenomeno entro i confini nazionali, soprattutto in un paese come il nostro che si inserisce nel più ampio contesto dell'Unione Europea, in cui tutti i cittadini hanno la libertà di movimento e non possono essere discriminati in base alla loro legge nazionale. Prospettiva questa che interessa da vicino anche il giurista nel continuo confronto dottrinale e giurisprudenziale che ormai non può più prescindere dall'analisi delle diverse soluzioni adottate negli altri ordinamenti. Autorevole dottrina ha parlato a proposito della ricerca di "un nuovo ordine globale"⁸ proprio ad opera delle Corti, rilevando il sempre crescente fenomeno della giurisprudenza dialogante.

Per meglio comprendere dunque il fenomeno della richiesta di tutela da parte delle coppie formate da persone dello stesso sesso è necessario collocarsi in un contesto più ampio di quello nazionale: in numerosi altri ordinamenti⁽⁹⁾,

(6) *Amore civile, dal diritto della tradizione al diritto della ragione*, a cura di DE FILIPPIS e BILOTTA, Milano Udine 2010; *Le unioni tra persone dello stesso sesso - Profili di diritto civile, comunitario e comparato* a cura di BILOTTA Milano-Udine, 2008; BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra disciplina straniera e diritto interno*, Milano 2005; BONINI BARALDI, *La famiglia e genere Matrimonio omosessualità e costituzione*, Milano-Udine 2010.

⁷ Sulla nozione di "funzione" familiare si soffermano BESSONE, *sub art. 29 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, p.34; PIEPOLI, *Realtà sociale e modello normativo nella tutela della famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 1439.

⁸ V. CASSESE, *I tribunali di Babele, I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

(9) Per un quadro generale dell'attuale situazione europea circa la tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso, nonché per un'interessante ricostruzione storico-letteraria delle origini dello stesso termine "omosessualità", associato all'idea di vizio "contro natura", in

essendo la gran parte dei legislatori intervenuti in materia (quantomeno se si guarda a quei Paesi più affini per cultura e tradizione al nostro), si discute già da diversi anni della necessità di fornire un adeguato modello di tutela alle convivenze tra persone dello stesso sesso nell'ottica di superare una situazione discriminatoria non più accettabile.

L'anomalia italiana emerge in tutta evidenza nella richiamata pronuncia di legittimità che da un lato ha affermato, in linea con un *trend* ormai comune a livello internazionale e sovranazionale, la necessità di dare tutela ad una situazione di fatto esistente (i componenti di una coppia formata da persone dello stesso sesso stabilmente conviventi sono titolari del diritto alla vita familiare nonché del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia) e dall'altro si è arrestata ad un sostanziale *non liquet* motivato dalla pretesa competenza esclusiva del legislatore nella materia familiare. Da queste premesse discende poi una forzatura interpretativa difficilmente armonizzabile col sistema: il matrimonio contrattato all'estero tra persone dello stesso sesso non è né inesistente né nullo, bensì inefficace. L'unico strumento indicato dalla Suprema Corte rimane quello di sollevare di volta in volta una questione di legittimità costituzionale (che evidentemente non attenga alla disciplina generale del matrimonio) dinnanzi al competente giudice di merito, per far valere l'eventuale discriminazione ingiustificata creata dalla legge nel caso concreto. Verrebbe da chiedersi tuttavia cosa accadrebbe nel caso in cui tale discriminazione fosse conseguenza di un atto diverso dalla legge che sfugge quindi al controllo di costituzionalità. L'ipotesi non è così teorica, se solo si pensi, ad esempio, alla materia dei congedi matrimoniali che sono previsti per definizione dalla contrattazione collettiva. Il risultato è indubbiamente quello di un corto circuito del sistema che da un lato

Europa, v. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, pp. 243-308; *Id.*, *Nozione di matrimonio e disciplina delle coppie omosessuali in Europa*, in *Foro it.*, 2005, V, p. 260 ss.; SARACINO, *Le unioni civili in Europa: modelli a confronto*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, fasc. 3, 2011, pp. 1471-1501. Si segnalano per completezza gli altri Paesi UE, oltre l'Italia, che ancora non hanno legiferato sul tema della tutela delle coppie formate da persone dello stesso sesso: Bulgaria, Polonia, Lettonia, Lituania (per cui si ricorda che le rispettive carte costituzionali definiscono il matrimonio come unione tra un uomo e una donna), Malta, Cipro, Estonia, Grecia, Romania, Slovacchia. Si v. anche PASTORE, *Le Unioni Registrate e i Pacs in Europa*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, fasc. 1 pag. 202 – 255; PUTTI, *Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2009, fasc. 2 pag. 826 – 883.

afferma la rilevanza costituzionale di una fattispecie ma poi si dichiara impotente all'atto della sua tutela.

Una prospettiva comparatistica può allora aiutare a mettere in luce ancor meglio i limiti e l'inadeguatezza di una tale impostazione, che pure ha il pregio di rivelare gli evidenti effetti discriminatori determinati dal vuoto normativo⁽¹⁰⁾. Al di là di ogni considerazione sulla funzione del diritto, del diritto di famiglia in particolare⁽¹¹⁾, della stessa "configurabilità" dell'interesse di una persona a contrarre matrimonio con una persona del suo stesso sesso, fondate sul dato normativo esistente, infatti, è necessaria un'indagine scevra da preconcetti, alla ricerca di soluzioni date in contesti sociali e giuridici con cui tradizionalmente si confrontano le soluzioni giuridiche date nel nostro ordinamento. Non sempre e non solo infatti la comparazione prende atto e indaga il dato giuridico esistente ma può anche rivolgersi alla ricerca di soluzioni possibili, compatibili con esso.

Per procedere ad una corretta analisi comparatistica occorre tuttavia restringere il campo di indagine a quegli ordinamenti giuridici legati ad una tradizione storica condivisa, ovvero quelli della c.d. *Western Legal Tradition*, a loro volta distinti nelle famiglie di common law e civil law e allo stesso tempo individuare una chiave di lettura idonea ad attraversarne le frontiere, superando le specificità di ciascuno e ritrovando quegli elementi che oltre il dato formale possono essere messi a confronto.

A tale proposito appare utile svolgere due considerazioni. *In primis* occorre dare atto delle soluzioni adottate formalmente dai legislatori nazionali, rilevando la presenza di due diverse forme di tutela delle coppie formate da persone dello stesso sesso, il matrimonio e l'unione registrata⁽¹²⁾. *In secundis*, in

⁽¹⁰⁾ Per un'analisi socio-giuridica della situazione italiana in prospettiva comparatistica si v. GASPARINI, TRAPPOLIN, WINTMUTE (eds), *Confronting Homophobia in Europe*, Oxford, 2012.

⁽¹¹⁾ Si vedano comunque in senso favorevole: RICCIO, *Libertà della persona e fonti del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2006, pp. 304-310; MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 137-154.

⁽¹²⁾ Per un quadro generale dell'attuale situazione europea circa la tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso, nonché per un'interessante ricostruzione storico-letteraria delle origini dello stesso termine "omosessualità", associato all'idea di vizio "contro natura", in Europa, v. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, pp. 243-308; ID, *Nozione di matrimonio e disciplina delle coppie omosessuali in Europa*, in *Foro it.*, 2005, V, p. 260 ss. Si segnalano per completezza gli altri Paesi UE, oltre l'Italia, che ancora non hanno legiferato

un'ottica meno formalistica e più attenta alle dinamiche di *legal process*, non si può fare a meno di evidenziare come pur partendo da presupposti legislativi diversi e solo per certi aspetti accomunabili, il tema della tutela delle coppie formate da persone dello stesso sesso si traduca in una questione di non discriminazione e di pari dignità sociale di tutte le coppie che scelgono di formalizzare la propria unione.

In questa prospettiva, una prima soluzione è quella adottata dai Paesi che forniscono una tutela piena, in tutto e per tutto equivalente a quella accordata alle coppie eterosessuali, estendendo la disciplina del matrimonio anche alle coppie gay. Allo stato attuale il matrimonio tra persone dello stesso sesso, in Europa, è consentito in Belgio, Olanda, Spagna, Portogallo, Norvegia, Svezia e Islanda. Tra questi ordinamenti ci si soffermerà in particolare su quello spagnolo, in cui più di ogni altro il dibattito sulla conformità a costituzione della legge sul matrimonio tra persone dello stesso sesso è stato oggetto di forti e contrastanti opinioni. Tra i paesi di common law, invece, sempre in quest'ottica, si tratterà degli Stati Uniti in cui è possibile accedere al matrimonio in Massachusetts, Connecticut, Vermont, New Hampshire, Iowa, New York e nel distretto Washington DC. Il caso della California è particolare (v. infra). Anche in questi casi il dibattito in sede costituzionale è stato fondamentale.

Altri ordinamenti della *Western Legal Tradition* che ammettono il matrimonio sono il Canada, il Sudafrica, l'Argentina, nonché due distretti del Messico.

Una seconda soluzione alternativa è stata quella di creare un apposito atto variamente denominato, le c.d. unioni civili registrate, diverse nel *nomen iuris* dal matrimonio, ma che sostanzialmente forniscono ai partner gli stessi diritti e doveri dei coniugi (è per esempio la soluzione adottata nel Regno Unito, in Germania e in Svizzera di cui ci occuperemo): la dottrina parla a questo proposito di unioni registrate "forti"⁽¹³⁾. Questo modello è stato introdotto per la

sul tema della tutela delle coppie formate da persone dello stesso sesso: Bulgaria, Polonia, Lettonia, Lituania (per cui si ricorda che le rispettive carte costituzionali definiscono il matrimonio come unione tra un uomo e una donna), Malta, Cipro, Estonia, Grecia, Romania, Slovacchia. Si v. anche PASTORE, *Le Unioni Registrare e i Pacs in Europa*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, fasc. 1 pag. 202 – 255; PUTTI, *Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2009, fasc. 2 pag. 826 – 883.

(13) V. SARACINO, *Le unioni civili in Europa: modelli a confronto*, cit., p. 1473.

prima volta dal Legislatore danese che ha voluto parificare la condizione delle coppie omosessuali che intendessero formalizzare la loro unione alle coppie sposate, con la Legge 7 giugno 1989, n. 372⁽¹⁴⁾. In alcuni specifici casi questo tipo di unione si è aggiunta al matrimonio e alla semplice “coabitazione” (situazione di fatto tutelata a prescindere dal tipo di legame esistente tra i soggetti conviventi), fornendo la possibilità alle coppie omosessuali ed eterosessuali di scegliere fra tre diversi gradi di tutela (è il caso specifico dell’Olanda e del Belgio).

Da questo modello c.d. “forte”, si differenzia, quantomeno formalmente quello “leggero”, rappresentato dal *Pacte civil de solidarité (PACS)* francese⁽¹⁵⁾ o dal *partenariat* lussemburghese⁽¹⁶⁾.

Esistono poi Paesi meno virtuosi da questo punto di vista come ad esempio l’Italia, la Grecia, la Romania, la Polonia, la Bulgaria, la Lettonia, la Lituania e l’Estonia: in questi casi, la totale assenza di una specifica disciplina, impone all’interprete, spesso con esiti negativi o poco soddisfacenti in termini di effettività ed efficacia, di verificare la possibilità di rinvenire forme di tutela facendo leva su norme esistenti applicate estensivamente o analogicamente.

Fatte queste necessarie premesse possiamo iniziare il nostro viaggio, da due ordinamenti, anche geograficamente a noi vicini, quello francese e quello svizzero, che hanno scelto di introdurre la unioni registrate, tuttavia con sostanziali differenze.

2. - Il caso francese e quello svizzero

Innanzitutto occorre prestare attenzione al noto caso francese, in cui nonostante il Legislatore sia intervenuto con la legge sui Pacs⁽¹⁷⁾, la

(14) Per alcuni commenti sulla legge danese v., tra i molti, NIELSEN, *Family Rights and the Registered Partnership in Denmark*, in *International Journal of Law and the Family*, 1990, 4, 297; LUND-ANDERSEN, *The Danish Registered Partnership Act, 1989 – Has the Act meant a change in attitude?*, in WINTEMUTE-ANDENAES, *Legal Recognition of Same Sex Partnership. A study of National, European and International Law*, Oxford, 2001, 417.

¹⁵ V. par. successivo.

¹⁶ Loi 9 juillet 2004 *Effet légaux de certains partenariats*, reperibile sul sito www.chd.lu.

giurisprudenza da un lato ha negato la possibilità di celebrare il matrimonio tra persone dello stesso sesso e dall'altro sta, nell'applicazione giurisprudenziale, avvicinando tale istituto a quello del matrimonio.

Occorre a tale proposito richiamare un recente arresto della *Cour de Cassation* francese, che è intervenuta sull'annullamento di un matrimonio celebrato dal Sindaco di Bègles, in qualità di ufficiale dello stato civile, tra due persone dello stesso sesso⁽¹⁸⁾. La Suprema Corte francese, riconosce la rilevanza delle disposizioni di cui agli artt. 8 (tutela della vita privata), 12 (diritto di sposarsi e formare una famiglia) e 14 (non discriminazione) della CEDU, così come dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ma poi opta per la legittimità dell'annullamento del matrimonio sulla considerazione che la diversità di sesso è per la legge francese un presupposto di esistenza dello stesso matrimonio e che nessuna norma interna si pone in contrasto con la Convenzione dei diritti dell'uomo e della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che peraltro, affermano i giudici, non ha efficacia vincolante.

Sulla questione del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso si è espresso anche il *Conseil Constitutionnel*⁽¹⁹⁾ nel 2011 affermando che la questione può essere risolta solo dal Legislatore. Nello stesso tempo però la Corte ha dato importanti indicazioni sulla natura del PACS precisando che la legge in questione si applica solo alle coppie fra cui esistono legami di natura coniugale ma che si tratta pur sempre di un contratto che non produce alcun effetto sullo stato civile delle persone. In altri termini si dovrebbe parlare di diritto delle obbligazioni e non di diritto di famiglia⁽²⁰⁾.

(17) Per un commento alla legge v. TIMOTEO, *Il Pacte civil de solidarietè: mariage bis o contract?*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2001, fasc.2, pp. 683-705; GRIMALDI, *Reflexions sur le pacte civil de solidarietè du droit francais*, in *Reperoire du Notariat Defrenois*, 2003, p. 813.

(18) Si tratta di *Cour de Cassation - Première chambre civile*, 13 mars 2007, arrêt n° 511, in *Juris-Data* n° 2007-037901; per i primi commenti alla sentenza v. *Droit de la famille*, in *La Semaine Juridique - Edition générale* 04 juillet 2007 n° 27-170 e *La semaine juridique, Edition générale*, 21 mars 2007, n° 12-136.

(19) Si v. LECIS, *Sul mariage homosexuel deciderà il legislatore. Alcune riflessioni sulla decisione del conseil constitutionnel a confronto con la sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale (Nota a Conseil constitutionnel 28 gennaio 2011, n. 2010-92 (Francia))*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, fasc. 2 pag. 455 - 462

(20) Così VITUCCI, *"Dal di che di nozze..."...Contratto e diritto della famiglia nel pacte civil de solidarietè*, in *Familia*, 2001, 713.

Dunque il caso francese si caratterizza per l'estrema ambiguità della legge sul PACS che di certo non lo rende un modello auspicabile.

Più in particolare, la legge n. 99-944 del 15 novembre 1999 (*Du pacte civil de solidarité et du concubinage*) definisce la nuova forma di unione, distinta dall'istituto matrimoniale, "Patto civile di solidarietà", come un contratto tra due persone maggiorenni dello stesso sesso o di sesso diverso, al fine di organizzare la loro vita in comune. Il *Pacs* offre ampia tutela alla convivenza (diritti di rilevanza pubblicistica, regola il rapporto di locazione, contempla misure fiscali). In particolare, il *Pacs* è un contratto, concluso con una dichiarazione congiunta scritta alla cancelleria del *Tribunal d'instance* nella giurisdizione di residenza. Il testo della convenzione è iscritto in un registro tenuto presso la cancelleria.

Il *Pacs* comporta una serie di obblighi per i partner come: impegno a condurre una vita in comune, aiuto reciproco materiale, responsabilità comune per i debiti contratti dalla firma del *Pacs*. Nello stesso tempo però, a sottolineare la sua natura contrattuale, non sono previsti obblighi quali l'assistenza morale e la fedeltà.

Il *Pacs*, che non garantisce l'adozione, termina per la morte di uno dei partner, con il matrimonio per le coppie eterosessuali o dopo tre mesi dalla richiesta di entrambi i partner. I benefici del *welfare* e la riduzione delle tasse si acquisiscono dopo tre anni dalla stipulazione del *Pacs*.

La legge francese prevede anche il *concubinaggio* che offre diritti molto limitati (affitto, immigrazione, salute e assicurazione) ai partner che coabitano. In tale contesto, la giurisprudenza francese sta tentando di delimitare l'ambito di operatività delle norme sul *Pacs* rispetto a quelle sul matrimonio. Nello sforzo interpretativo, emerge come i punti di convergenza siano superiori a quelli di divergenza e sostanzialmente il confine fra i due istituti, nominalmente diversi, va via via assottigliandosi.

In Svizzera, invece, il primo cantone a votare l'estensione dei diritti matrimoniali alle coppie gay è stato quello di Zurigo il 22 settembre 2002. In base a questa decisione la coppia doveva vivere nel cantone e convivere da sei mesi prima di procedere all'unione riconosciuta. L'unione civile è stata estesa anche in altri cantoni svizzeri, come Ginevra o Neuchâtel. Tali riconoscimenti hanno spinto il parlamento elvetico ad accettare, in seguito alla Legge federale sull'unione domestica registrata di coppie omosessuali, l'unione domestica registrata che riguarda però solo coppie dello stesso sesso. Un referendum contro questa legge è

fallito e la legge è stata approvata dal popolo svizzero, il primo ad esprimersi. La legge è dunque entrata in vigore il 1 gennaio 2007. Le prime unioni sono state celebrate già il 2 gennaio 2007, all'apertura delle amministrazioni comunali. Chi è vincolato da un'unione domestica registrata non può adottare né valersi di tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 28 della legge)²¹. In questo quadro normativo, la nuova legge ha modificato le disposizioni sul diritto internazionale privato, contenute nella legge federale del 18 dicembre 1987, prevedendo all'art. 45, cpv 3, che in caso di matrimonio celebrato all'estero, lo Stato svizzero lo riconoscerà come unione domestica registrata.

Il legislatore elvetico, infatti, risolve così il problema dell'ordine pubblico, disponendo espressamente il riconoscimento di un matrimonio celebrato all'estero quale unione domestica registrata così come disciplinata nell'ordinamento svizzero medesimo.

3. - Il caso tedesco

Simile alla soluzione svizzera, e quasi temporalmente contemporanea, è la soluzione tedesca: il Legislatore ha scelto di adottare l'unione registrata disciplinandola in una legge che formalmente non fa alcun rinvio alle norme sul matrimonio.

Qui tuttavia la legge è stata subito fatta oggetto di un giudizio di conformità a Costituzione. La Corte costituzionale tedesca, nella sentenza del 17 luglio 2002, su istanza dei Länder Baviera, Turingia e Sassonia è stata chiamata ad esaminare la costituzionalità della *Lebenspartnerchaftsgesetz* (LPartG, Legge sulla convivenza registrata, emanata come art. 1 della legge 16 febbraio 2001 "Legge sulla cessazione della discriminazione delle unioni omosessuali: convivenza"). In particolare si è chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità di tale legge con la tutela accordata dalla Costituzione al matrimonio (art. 6, 1° comma GG) e con i principi di eguaglianza (art. 3, 1° e 3° comma, primo periodo, GG)⁽²²⁾.

²¹ Si segnala che il 15 marzo 2012 il Consiglio della Federazione Svizzera ha approvato il progetto di legge che permetterà alle coppie omosessuali unite con l'unione civile di accedere all'adozione. Manca ancora la ratifica del Consiglio Nazionale prima della definitiva entrata in vigore del progetto.

(²²) La sentenza *BVerfG* 17 luglio 2002 è reperibile al sito www.bverfg.de. Per un'analisi approfondita della sentenza v. Wasmuth, *La convivenza registrata tra persone dello stesso*

La Corte Costituzionale tedesca ha affermato come dalla garanzia costituzionale di cui all'art. 6, 1° comma GG non emerga un obbligo per il legislatore di tutelare il matrimonio in via esclusiva e più di ogni altra forma di organizzazione di vita. In altri termini, nulla vieta al legislatore di creare accanto alle disposizioni giuridiche sul matrimonio, norme di contenuto identico o almeno paragonabile per altre forme di convivenza. Non viene nemmeno violato l'obbligo di promozione del matrimonio, poiché la convivenza registrata non si pone con esso in concorrenza.

Alla convivenza registrata infatti possono ricorrere solo le coppie formate da persone dello stesso sesso che scelgono di vivere insieme una comunione materiale e spirituale in via esclusiva (ciò che le differenzia peraltro dalle ipotesi di semplice coabitazione prolungata tra fratelli che non richiede invece il requisito dell'esclusività).

La Corte sottolinea inoltre che prima dell'entrata in vigore della *Lebenspartnerchaftsgesetz* non veniva garantita alle coppie formate da persone dello stesso sesso la libertà di agire generale (sancita come diritto della persona dall'art. 2, 1° comma, GG).

Come terzo e ultimo argomento a sostegno della legittimità della *LPartG*, la Corte richiama il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 3°, GG, che pur non sancendo espressamente il divieto di discriminazione per orientamento sessuale, è applicabile al caso di specie in quanto riconducibile alle ipotesi di tutela della dignità umana e delle minoranze all'interno dello stato di diritto. Da tale principio discende anzi un obbligo di intervento del legislatore a rimuovere gli ostacoli alla piena realizzazione dell'eguaglianza delle persone discriminate dallo Stato a causa delle loro tendenze sessuali.

Viene così delineata dal giudice delle leggi la piena legittimità delle disposizioni sulle convivenze registrate, che anzi danno piena attuazione al dettato costituzionale.

La legge tedesca presenta caratteristiche simili al modello scandinavo²³, creando una convivenza, registrata, riservata a persone dello stesso sesso, la

sesso in Germania e l'orientamento giurisprudenziale della Corte Costituzionale tedesca, in *Famiglia*, 2003, pp. 503 ss.; DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 972 ss.

(²³) Per approfondimenti e bibliografia su tale modello si v. SARACINO, *Le unioni civili in Europa: modelli a confronto*, cit., pp. 1475-1479.

quale, pur senza rimandare espressamente alla legislazione matrimoniale, ne riproduce però, uno per uno, tutti i contenuti rilevanti: uso dei cognomi, dovere di cura e assistenza reciproca, successioni, divisione delle spese comuni, diritto agli alimenti in seguito allo scioglimento. Per registrare la propria unione, due persone dello stesso sesso, maggiorenni, non parenti, né legate da precedente matrimonio, o da una precedente *Lebenpartnerschaft*, o da un'unione domestica registrata, devono presentarsi all'ufficiale competente e dichiarare la propria volontà di unirsi per tutta la vita.

Questa unione civile "forte" tuttavia non raggiunge la pienezza di tutela accordata dal matrimonio che invece un altro paese di civil law si accingeva ad approvare, non tra poche polemiche: è il caso della Spagna.

4. - Il caso spagnolo

Come noto il 1° luglio 2005 è stata approvata dal Parlamento spagnolo la legge n.13, di modifica del codice civile in materia di diritto a contrarre matrimonio che consente anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso di sposarsi, inclusa anche la possibilità di adozione²⁴. Il legislatore spagnolo ha inteso con la legge 13/05 proseguire nel corso delle riforme del diritto di famiglia iniziate nel 1981 volte all'adeguamento della legge ai principi della Costituzione del 1978²⁵.

Va detto che sin dalla fine degli anni Novanta, dodici comunità autonome avevano già legiferato sulle unioni civili, riconoscendo in forza delle competenze loro attribuite le unioni stabili di coppie dello stesso sesso, dando la possibilità di

(²⁴) Il 1° comma dell'unico articolo della L. 13/05 aggiunge un 2° comma al vigente art. 44 c.c.: "L'uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio conformemente alle disposizioni del presente codice" secondo il quale "il matrimonio avrà gli stessi requisiti ed effetti quando entrambi i contraenti siano dello stesso sesso o di sesso differente". Il 2° comma introduce una modifica all'art. 66 c.c. secondo la quale: " I coniugi devono rispettarsi e aiutarsi nell'interesse della famiglia" Infine, la prima disposizione aggiuntiva, riferita all'applicazione della legge, prevede che "le disposizioni legali e regolamentari che contengono qualche riferimento al matrimonio, si intenderanno applicabili indipendentemente dal sesso delle parti contraenti".

(²⁵) Per un' analisi approfondita del caso spagnolo v. RAMBOLI, PIGNATELLI, CARRELLO, EXPOSITO GOMEZ, LAUROBA, DAL CANTO, DE MARZO, *La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia*, in *Foro it.*, 2005, V, pp. 256-283.

accogliere minori all'interno delle stesse: Catalogna (1998), Aragona (1999), Navarra (2000), Valencia, Baleari e Madrid (2001), Asturia e Andalusia (2002), Canarie, Estremadura e Paese Basco (2003), Cantabria (2005)²⁶.

Appare utile notare per una migliore comprensione dell'iter di approvazione della riforma che il progetto di legge era accompagnato da due relazioni tecniche: un parere emesso, su richiesta del Governo, dal Consiglio di Stato il 16 dicembre 2004 ed uno Studio sulla riforma del codice civile in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso, adottato di propria iniziativa, dal Consiglio generale del potere giudiziario il 26 gennaio 2005.

Nel primo parere si metteva in luce come pur non sussistendo alcun ostacolo costituzionale alla riforma del matrimonio, sarebbe stato consigliabile, per ragioni di prudenza, tutelare le unioni tra persone dello stesso sesso con una forma giuridica distinta dal matrimonio, sia per evitare di danneggiare la garanzia istituzionale del matrimonio sia per evitare un cambio traumatico sprovvisto della certezza e della forza necessarie.

Nel secondo parere, quello dell'organo di autogoverno dei giudici, in tono molto più polemico, si legge un'aperta avversione alla riforma, dal momento che l'eterosessualità viene considerata un elemento costitutivo essenziale del concetto stesso di matrimonio e si ritiene inoltre necessario un profondo dibattito sociale sul tema.

Nonostante i pareri sostanzialmente contrari, il plenum del Congresso ha approvato il 30 giugno 2005 la legge, superando anche il veto opposto dal Senato e respingendo gli emendamenti volti a prevedere l'obiezione di coscienza per i funzionari e le autorità preposte allo svolgimento delle procedure.

Il principale argomento che il legislatore spagnolo ha utilizzato per giustificare l'estensione di tale diritto alle coppie omosessuali è stato quello di porre fine alla tradizionale discriminazione sociale a cui esse erano soggette. Facendo leva sul principio di uguaglianza, la legge 13/2005 interviene espressamente a rimuovere un lungo percorso di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Si legge nell'esposizione dei motivi della legge:

²⁶ L'adozione è stata espressamente prevista in Aragona, navaraa, Paese Basco e Catalogna. Per riferimenti più specifici v. RAMBOLI, PIGNATELLI, CARRELLO, EXPOSITO GOMEZ, LAUROBA, DAL CANTO, DE MARZO, *La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, cit.*, pag. 268 e 273.

“L’istituzione di un ambito di realizzazione personale che permetta a coloro che liberamente scelgono di intraprendere una relazione sessuale ed affettiva con persone del loro stesso sesso, di sviluppare la propria personalità ed esercitare i propri diritti in condizioni di eguaglianza, è divenuta un’esigenza dei cittadini del nostro tempo, un’esigenza a cui questa legge tenta di dare risposta”.

In particolare il legislatore spagnolo ha rinvenuto il fondamento costituzionale della riforma oltre che sul già ricordato principio di uguaglianza effettiva dei cittadini nel libero sviluppo della personalità (artt. 9.2 e 10.1 Costituzione Spagnola), anche nella tutela della libertà in relazione alle forme di convivenza (art. 1.1 Costituzione Spagnola) e nel principio di non discriminazione in ragione del sesso, dell’opinione e di qualsiasi altra condizione personale e sociale (art. 14 Costituzione Spagnola). D’altronde in relazione allo specifico istituto del matrimonio, l’art. 32 stabilisce che “l’uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio in piena eguaglianza giuridica” per poi aggiungere successivamente che “la legge regolerà le forme del matrimonio”. Il testo costituzionale quindi riconosce un generico diritto al matrimonio sia all’uomo sia alla donna ma non limita in maniera esplicita l’unione matrimoniale a quella tra persone di sesso diverso. Tale diritto dunque nella Costituzione Spagnola lascia al Legislatore un margine sufficiente per regolare le sue forme e i suoi effetti.²⁷

L’esempio spagnolo conferma la pertinenza del richiamo al principio di eguaglianza e la non rilevanza ai fini dell’estensione della tutela di una norma che riconosce, ma non in via esclusiva, il diritto al matrimonio, quale l’art. 32.1 della Costituzione spagnola, tradizionalmente inteso come unione tra un uomo e una donna.

5. – *La tutela delle coppie dello stesso sesso in common law.*

Prima di analizzare le soluzioni adottate dai due principali paesi di common law, Regno Unito e Stati Uniti, è necessario far fronte ad una sin troppo facile obiezione: in questi ordinamenti è il “giudice a fare la legge” (*judge made law*), i principi di diritto si formano nel precedente giurisprudenziale. Se questo dato è certamente vero, la comparazione però suggerisce sempre di considerare le

²⁷ In senso fortemente critico si v. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Matrimonio tra persone omosessuali. Il caso della Spagna*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2010, fasc. 7, pag. 489 – 500.

dinamiche di *legal process* e di porre l'attenzione a tutti i formanti che concorrono alla produzione del diritto. Seguendo questa avvertenza, ci si accorge che il diritto di famiglia anche *in common law* è, forse per il suo stretto legame con la politica, disciplinato dalla *statutory law*, ossia dalla normativa di fonte legislativa.

In particolare la veridicità di tale affermazione si riscontra sia in Inghilterra dove è stato il Parlamento, prima che una corte di Westminster a disciplinare la materia, sia negli Stati Uniti, dove il diritto di famiglia è di competenza statale e non federale e il tema dei *same-sex marriage* è stato oggetto di questioni di legittimità costituzionale e quindi per definizione oggetto di *statutes*, leggi statali, di fronte alle quali le Corti Supreme, che hanno il poter di effettuare il *judicial review of constitutionality*, si trovano a dover adottare delle soluzioni "a rime obbligate", decidendo sull'estensione o meno della disciplina esistente a situazioni di fatto discriminate.

5.1 - *Civil partnership nel Regno Unito*

Il *Civil Partnership Act 2004*²⁸ ha creato per via legislativa un atto destinato alle coppie formate da persone dello stesso sesso da cui sorgono diritti e doveri identici a quelli derivanti dal matrimonio (diritti sui beni in comunione, diritti successori, esenzioni fiscali, sicurezza sociale, reversibilità delle pensioni, nonché responsabilità genitoriale in caso di adozione). Sostanzialmente dunque l'unica differenza tra *marriage* e *civil partnership* è il *nomen iuris*.

Interessante è anche notare il procedimento di perfezionamento delle unioni registrate. La legge infatti prevede che i partner comunichino al competente *registration office* l'intenzione di registrare la loro unione: tale procedimento è assimilabile a quello delle pubblicazioni matrimoniali. Infatti per 15 giorni viene data legale pubblicità alla volontà delle parti: durante questo periodo possono essere sollevate obiezioni circa l'eventuale sussistenza di impedimenti legali all'unione civile (ad esempio lo status non libero di uno dei partner). Decorso tale periodo l'ufficio rilascia un *civil partnership schedule* che deve essere firmato da entrambi i partner alla presenza dell'ufficiale autorizzato dal competente

²⁸ Per un'analisi approfondita della normativa inglese v. VIGLIONE, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia in Inghilterra: il "Civil Partnership Act 2004"*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2007, fasc. 3 pag. 405 – 434; Ricci, *Tutela delle unioni omosessuali in Europa: il modello britannico del Civil Partnership Act*, in *I diritti dell'uomo*, 2005, fasc. 3 pag. 23 – 36.

ufficio e di due testimoni. Questo procedimento non comporta lo svolgimento di una cerimonia solenne e consente la firma anche in forma riservata. Non è altresì richiesta la pronuncia di formule solenni. La legge si premura di specificare che l'autorità locale non può essere obbligata a tenere una cerimonia solenne e che è onere dei partner informarsi in anticipo sulla possibilità di richiederla. Ciò che è imposto invece è la registrazione della partnership a tutte quelle autorità locali che celebrano matrimoni. In sostanza è vietata poiché discriminatoria, l'obiezione di coscienza sulla registrazione. Queste disposizioni servono evidentemente per contemperare opposte esigenze: da un lato consentire l'unione civile e dall'altro tenerla distinta, almeno nella forma, dal matrimonio tradizionale.

Il dato interessante è che a seguito dell'emanazione dell'*Equality Act 2010* l'attuale governo inglese ha annunciato che proprio nella primavera del 2012 inizierà a lavorare sulla riforma della legge nel senso di estendere la disciplina del matrimonio anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso.

5.2 – Il caso americano

Potrebbe essere utile a questo punto, fare riferimento anche all'esperienza statunitense⁽²⁹⁾. Nel caso *Bowers v. Hardwick*⁽³⁰⁾, in tema di rapporti omosessuali, la Corte Suprema si è pronunciata escludendo che nel testo costituzionale vi fosse una norma posta a tutela delle relazioni tra persone dello stesso sesso. Nel far ciò ha dichiarato la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale della legge della Georgia che puniva ogni rapporto sessuale (omosessuale ed

⁽²⁹⁾ Per un quadro completo e approfondito delle vicende relative alla giurisprudenza federale in tema di omosessualità si v. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005. In tema di *sodomy laws* v. BARSOTTI, *Il sodomita messo al bando dalla Corte Suprema degli Stati Uniti trova protezione presso le corti statali. Il federalismo americano e la tutela dei diritti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2002, fasc. 4 pag. 637 – 658. Con specifico riferimento al *same sex marriage* v. sul punto BARSOTTI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: orientamenti recenti delle Corti americane*, in *Corr. Giur.*, 7/2007, pp. 1023-1031 e BARSOTTI, *Le unioni tra persone dello stesso sesso negli Stati Uniti. Questioni di diritti e di federalismo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, fasc. 4 pag. 567 – 588. Si v. inoltre MONTALTI *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna 2007; v. anche CALLARO *Il same-sex marriage negli Stati Uniti d'America*, Padova 2006.

⁽³⁰⁾ 478 US 186 (1986)

eterosessuale non procreativo). In quel caso la Corte ha affermato che ogni previsione legislativa è essenzialmente la rappresentazione di scelte morali avallate dalla maggioranza, e la supposta considerazione maggioritaria dell'immoralità della sodomia non costituisce una violazione della *due process clause*⁽³¹⁾. Tale precedente è stato però *overruled* nel giugno 2003 da *Lawrence v. Texas*⁽³²⁾, in cui la Corte Suprema ha affermato: "compito della Corte è quello di definire la libertà di tutti, e non quello di far valere il proprio codice morale". Nel far ciò ha dichiarato incostituzionale la legge del Texas che vietava i rapporti omosessuali e ha dichiarato che le decisioni individuali concernenti l'intima sfera dei rapporti fisici, anche se non funzionali alla procreazione sono forme di libertà protette dalla *due process clause*.

Alla luce di queste pronunce, occorre confrontarsi con una sentenza della Corte Suprema del Massachusetts del 18 novembre 2003, *Goodridge, et al. V. Department of Public Health, et al.*⁽³³⁾, in cui i giudici hanno affrontato proprio il problema della compatibilità del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso con il tessuto costituzionale e le libertà fondamentali.

La *Supreme Court of Massachusetts* ha sancito l'incostituzionalità dell'esclusione delle *same-sex couples* dai benefici e dagli obblighi conferiti dal matrimonio, asserendo che "la costituzione del Massachusetts afferma la dignità e l'eguaglianza di tutti gli individui. Essa osta alla creazione di cittadini di seconda classe".³⁴

La Corte americana argomenta questa decisione asserendo preliminarmente che nonostante le convinzioni etiche o religiose diversificate e contrastanti in tema di unioni tra persone dello stesso sesso, nessuna considerazione di ordine morale, favorevole o sfavorevole, è giuridicamente

(31) Su questa clausola della Costituzione americana v. D'ANGELO, *La difesa del matrimonio eterosessuale negli Stati Uniti*, in *Pol. dir.*, 2000, pp.303 ss.

(32) 123 S. Ct. 3472 (2003).

(33) 798 N.E. 2nd 941 (Mass. 2003). Per un'analisi completa della sentenza richiamata v. MONTALTI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è un diritto fondamentale? Due recenti pronunce in Massachusetts dopo Lawrence v. Texas*, in *Politica del diritto*, 2004, fasc. 4, pp. 687 ss.

³⁴ Tale asserzione non potrebbe essere altresì valida nel nostro ordinamento, richiamandosi all'art. 3 Cost., ossia al principio di uguaglianza, formale e sostanziale?

rilevante. Si specifica quindi che nessun ostacolo è dato dalla corrente definizione di matrimonio come « unione legale fra un uomo e una donna come marito e moglie»: tale definizione, proseguono i giudici “non può e non ovvia all’analisi della sua compatibilità rispetto alla Costituzione”.

Nella sentenza *Goodridge*, la Corte individua come parametri costituzionali l’eguaglianza di fronte alla legge e la *due process clause* (che in questo caso viene in rilievo come strumento di tutela dell’autonomia individuale). Per tale via, i giudici affermano la natura fondamentale del diritto al matrimonio o più precisamente del diritto di scegliere di sposarsi, senza il quale si è esclusi da una vasta gamma di esperienze umane ed è negata la piena protezione al riconosciuto impegno di ciascuno ad un’intima relazione umana. Aggiunge la Corte che il diritto al matrimonio ha poco significato se non include il diritto di sposare la persona di propria scelta e ancora che decidere se e con chi contrarre matrimonio, o come esprimere la propria intimità sessuale, o se e come creare una famiglia rientrano tra le libertà fondamentali garantite dalla previsione del *due process*³⁵.

Un ulteriore passaggio motivazionale è volto ad escludere la sussistenza di qualsiasi interesse pubblico alla limitazione di tale libertà di scegliere se e con chi sposarsi, soprattutto con riguardo alla filiazione, argomento principe che si pone a sostegno della innaturalità e immeritevolezza di tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso. In particolare, i giudici del *Massachusetts* affermano che la *conditio sine qua non* del matrimonio civile è il permanente ed esclusivo impegno reciproco fra coniugi, e non il concepire figli (diversamente dovremmo escludere dal matrimonio anche coloro che, per esempio a causa dell’età avanzata non possono nemmeno potenzialmente procreare).

Ancora, l’interesse a creare un’ambiente favorevole alla filiazione, che lega necessariamente il contenuto del matrimonio alla procreazione eterosessuale, porta inevitabilmente a considerare come ottimale per la crescita della prole solo la famiglia composta da persone di sesso diverso, e non tiene conto del fatto che il miglior interesse del bambino prescinde dall’orientamento sessuale dei genitori o dallo *status* coniugale. In altre parole, la Corte sottolinea come l’obiezione alla possibilità giuridica di una famiglia composta da persone

³⁵ Viene da chiedersi se tale argomentazioni non possano essere formulate anche in relazione ai nostri artt. 2, 3 e 29 Cost.

dello stesso sesso si fonda su un'asserzione di principio e non sull'effettiva considerazione della tutela dell'interesse del minore.

Concludono i giudici americani che l'assenza di una ragionevole relazione fra il divieto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso e la protezione della salute pubblica, sicurezza e benessere collettivo, è sintomatica del radicamento delle restrizioni matrimoniali in persistenti pregiudizi verso persone che sono omosessuali⁽³⁶⁾.

Per completare il quadro della variegata situazione statunitense, occorre dar conto delle realtà di altri Stati che successivamente alla pronuncia della Corte Suprema del Massachusetts, hanno riconosciuto forme di tutela delle convivenze tra persone dello stesso sesso. Ad esempio nel New Jersey, nell'ottobre 2006 a seguito di una sentenza della Corte Suprema statale che ha affermato come la Costituzione statale richieda di porre sullo stesso piano coppie formate da persone dello stesso sesso e di sesso diverso e nel New Hampshire (nel gennaio 2008), è intervenuto il legislatore introducendo le unioni civili, che nella sostanza si equivalgono al matrimonio.

Ma il tema dei matrimoni tra persone dello stesso sesso presenta dei caratteri ancora più particolari nella vicenda californiana. In questo Stato nel febbraio 2004, l' "ufficiale dello stato civile" della Contea di San Francisco (Office of the County Clerk of San Francisco) ha iniziato a concedere le licenze matrimoniali anche alle coppie gay. Alcune associazioni per la tutela della famiglia, nonché l'Attorney General dello Stato della California (il Procuratore Generale dello Stato) hanno immediatamente agito contro la Contea di San Francisco e con la sentenza *Lockyer v. City and County of San Francisco*³⁷, la Corte Suprema della California ha stabilito che la concessione delle licenze matrimoniali è illegittima poiché contraria alle leggi vigenti e ha di conseguenza dichiarato nulli i circa 4000 matrimoni celebrati fino a quel momento.

(³⁶) Per ulteriori riflessioni sulla questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso e la Costituzione, nell'ordinamento statunitense v. GERSTMANN, *Same-sex Marriage and the Constitution*, New York, Cambridge University Press, 2004; CALIARO, *Il same-sex marriage negli Stati Uniti d'America*, Padova, 2006. Inoltre circa la soluzione adottata dalle Hawaii, dall'Alaska e dal Vermont v. MONTALTI, *Same-sex marriage tra protezione statale e principio federale*, in «Quaderni Costituzionali», n. 1, 2004, pp. 35-65.

³⁷ *Lockyer v. City and County of San Francisco* (2004) 33 Cal.4th 1055 [95 P.3d 459, 17 Cal.Rptr.3d 225]

A fronte di tale sentenza, la Città e la Contea di San Francisco hanno chiesto il *judicial review* delle leggi statali che vietavano il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Con la decisione della Corte Suprema della California del 15 maggio 2008³⁸, nella sentenza *In re marriage cases*, i giudici hanno stabilito che alla luce della *due process clause* della Costituzione californiana, riconoscere alle coppie formate da persone dello stesso sesso un' unione civile diversa dal matrimonio viola il diritto fondamentale a contrarre matrimonio proprio di ciascun cittadino attribuendogli minore rispetto e dignità sociale, oltre a violare il diritto alla *privacy* inteso quale diritto all'autodeterminazione dell'individuo che deve essere lasciato libero di scegliere con quale partner costruire la sua vita familiare. Per giustificare un trattamento differenziato senza violare il principio di uguaglianza occorre uno "strict scrutiny test", ovvero la verifica della sussistenza di un interesse fondamentale e inderogabile, che nel caso del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso non sussiste.

Tale sentenza ha di fatto autorizzato la concessione delle licenze e la celebrazione di matrimoni tra persone dello stesso sesso.

A seguito di tale sentenza, si è aperto un' ampio dibattito nella popolazione e il 4 novembre 2008 è stata approvata con referendum popolare la c.d. *Proposition 8* che ha introdotto nella costituzione californiana l'espresso divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso. Con una maggioranza del 52% circa degli aventi diritto, la maggioranza della popolazione ha espresso la volontà di vietare formalmente quello che la stessa Corte Suprema statale aveva sancito.

³⁸ Per un primo commento in chiave comparatistica v. FALLETTI, *Dreaming California: i giudici di San Francisco concedono agli omosessuali la licenza di matrimonio*, (Nota a Corte Suprema della California 15 maggio 2008 (Stati Uniti d'America - USA)) in *Famiglia e diritto*, 2008, fasc. 8-9 pag. 763 - 771. Per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici si v. Winkler, *Same-sex marriage negli Stati Uniti: le nuove frontiere del principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2011, fasc. 1 pag. 93 - 121; RAFFIOTTA, *Il caso californiano sul divieto di same sex marriage: al popolo "l'ultima parola"*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, fasc. 3 pag. 702 - 705; MARZULLI, *Legislazione costituzionale diretta e controllo di legittimità sostanziale: le sentenze dei marriage cases e la "naturale" flessibilità della costituzione nella "democrazia ibrida"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, fasc. 1 pag. 308 - 346.

Successivamente all'adozione della *Proposition 8*, numerose cause sono state intentate per annullare i matrimoni celebrati tra maggio e novembre 2008. Il 26 maggio 2009 la Corte Suprema della California ha stabilito con la sentenza *Strauss v. Horton*³⁹, che la *Proposition 8* è legittima ma i matrimoni celebrati prima della sua approvazione rimangono validi.

Tale emendamento alla Costituzione statale è stato tuttavia a sua volta oggetto di scrutinio di legittimità costituzionale e il 7 febbraio 2012 la sentenza *Perry v. Brown*⁴⁰ della Nona Corte d'Appello federale ha confermato la decisione della Corte Federale per il Distretto della California settentrionale che aveva dichiarato illegittima la *Proposition 8*. Questa autorevole sentenza, seppur in via non definitiva, potendo essere ancora appellata sia dinnanzi al *plenum* della stessa Corte sia alla Corte Suprema degli Stati Uniti, ha stabilito che la *Proposition 8* ha violato il XIV emendamento della Costituzione Federale (*equal protection clause*), nonché la *due process clause*, poiché usando il potere di iniziativa legislativa la maggioranza dei cittadini della California ha colpito una minoranza privandola di un diritto acquisito. In particolare i tre giudici del collegio hanno affermato che eliminando la designazione di "matrimonio" pur mantenendo in capo al partner dello stesso sesso tutti i diritti e le responsabilità che dal matrimonio derivano la *Proposition 8* non ha avuto altra finalità e non ha avuto altro effetto che non sia quello di ridurre lo status e la dignità di cittadini gay e lesbiche, riclassificando in maniera ufficiale le loro relazioni e famiglie come inferiori a quelle delle coppie formate da persone di sesso diverso. La maggioranza del collegio ha precisato inoltre che non ha avuto necessità di considerare se le coppie dello stesso sesso hanno un diritto fondamentale al matrimonio o se gli stati che non assicurano il diritto di sposarsi alle persone gay e lesbiche devono invece farlo.

6. L'adozione dei minori da parte delle coppie gay: uno sguardo d'insieme

Nell'ampia panoramica delle soluzioni possibili sin qui delineata merita sicuramente un accenno il tema strettamente connesso al riconoscimento

³⁹ *Strauss v. Horton*, 46 Cal.4th 364, consultabile alla pagina web: <http://www.courts.ca.gov/documents/S168047.pdf>. La decisione riguarda anche le altre due cause aventi il medesimo oggetto *Tyler v. State of California* e *City and County of San Francisco v. Horton*.

⁴⁰ *Perry v. Brown* (formerly *Perry v. Schwarzenegger*), consultabile alla pagina web: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1592539.html>

giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso: quello della genitorialità di queste coppie, in particolare con riferimento all'istituto dell'adozione dei minori da parte delle stesse⁴¹. Anche in questo caso i vari ordinamenti giuridici hanno fornito soluzioni differenziate che non sono necessariamente legate all'ammissione del matrimonio o di equivalenti forme di riconoscimento. Infatti si ritrovano legislazioni che consentono l'adozione legale alle coppie unite civilmente, altre che permettono solo l'adozione del figlio del partner e altre che negano esplicitamente l'adozione, pur ammettendo il matrimonio (in Europa è il caso del Portogallo⁴²). Ci sono paesi in cui essendo ammessa l'adozione dei single, può essere un solo partner ad adottare. Ci sono infine ordinamenti in cui la situazione giuridica non è stata disciplinata, ma in cui le coppie dello stesso sesso si trovano

⁴¹ Va qui ricordato che un ulteriore tema di grande attualità è quello della possibilità per le coppie omosessuali di ricorrere alle tecniche di maternità medicalmente assistita o procreazione medicalmente assistita (PMA), c.d. *assisted reproductive technologies* (ART). La situazione in Europa a riguardo è piuttosto variegata. Il Regno Unito ha da questo punto di vista la legislazione più completa: con l'emanazione dello "*Human Fertilisation and Embryology Act 2008*" che ha riformato il precedente *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, viene disciplinata la possibilità di ricorrere alla PMA anche per le coppie gay e lesbiche. Tale possibilità è altresì consentita in Belgio e Danimarca (in quest'ultimo Stato però è espressamente vietata la maternità surrogata), in Finlandia. La Grecia che non ha una disciplina sulle unioni tra persone dello stesso sesso, consente tuttavia alla donna lesbica di ricorrere alla PMA con donatore anonimo. In Spagna l'accesso alla PMA è consentito a tutte le donne maggiorenni, indipendentemente dal loro stato civile e orientamento sessuale (quindi anche alle single e alle lesbiche). La maternità surrogata non è vietata in quanto tale, ma la legge prevede che sia giuridicamente nullo qualunque contratto col quale si affidi una gravidanza a una donna che rinunci alla filiazione materna a favore del contraente o di terzi. In pratica, il figlio è sempre della donna che lo partorisce. Quanto agli Stati Uniti, è impossibile avere un quadro unitario, seppur sommario, della legislazione perché ciascuno Stato ha regole e leggi proprie. Nel complesso, comunque, gli Usa sono molto liberali in fatto di PMA: in molti Stati è consentito l'accesso anche a donne single e coppie lesbiche, e la donazione di seme e di ovociti è largamente praticata anche dietro compenso. La maternità surrogata è vietata in qualsiasi forma solo in Arizona, New Jersey e Michigan.

⁴² L'adozione è espressamente esclusa dall'art. 3 del Decreto 11/2010 che ha esteso il matrimonio anche alle coppie omosessuali. Per approfondire il dibattito costituzionale e politico che ha preceduto l'approvazione della legge in Portogallo v. VAGLI, *L'approvazione della legge che consente il matrimonio tra omosessuali in Portogallo*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, fasc. 3 pag. 605 - 608

di fronte alla necessità di tutelare comunque una situazione di fatto esistente ricorrendo ai limitati mezzi che la legislazione civile fornisce loro⁴³.

In Europa, l'adozione da parte di coppie dello stesso sesso è legale nel Regno Unito, in Spagna, in Svezia, in Belgio, in Olanda e in Islanda. Mentre in Germania, Norvegia, Danimarca e Finlandia è consentita la "stepchild-adoption" ("adozione del figliastro"), cioè si permette ai partner di una unione civile di adottare i figli naturali (o adottati) che il partner avesse avuto da precedente matrimonio o unione. Dal 2009, a seguito dell'apertura del matrimonio alle coppie omosessuali, anche in Norvegia è consentita l'adozione. Così dal 2010 anche in Danimarca, è possibile per le coppie dello stesso sesso adottare un bambino. In Irlanda e Francia i single, sia omosessuali che eterosessuali, possono richiedere l'adozione⁴⁴. La complessità e allo stesso tempo ambiguità dell'ordinamento francese, sono riemerse con la recente pronuncia della Corte di Strasburgo del 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*⁴⁵. Oggetto del ricorso è l'accertamento del carattere discriminatorio dell'impossibilità per una donna di adottare la figlia biologica della propria partner, con cui aveva stipulato un *pacs*. In particolare la legislazione francese consente al singolo omosessuale di adottare ma non alla coppia formata da persone dello stesso sesso: ossia nel caso di specie se la compagna avesse adottato la figlia della sua partner questa avrebbe dovuto perdere la potestà genitoriale (e questo non va certo verso l'interesse del minore). La motivazione della sentenza della Corte di Strasburgo risolve la questione con un'argomentazione formalistica⁴⁶ sostenendo che le coppie *pacsate* sono tutte

⁴³ Per approfondite riflessioni sul tema, in particolare con riferimento all'ordinamento italiano, si v. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2011, fasc. 2, pp. 899 – 938 e fasc. 3 pag. 1375 – 1405; OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione (Relazione al convegno "Rapporto di filiazione e omosessualità", Roma, 27-28 novembre 2009)*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2010, fasc. 2 pag. 802 – 833; FALLETTI, *Genitore omosessuale e affidamento condiviso, (Nota a decr. Trib. Bologna 15 luglio 2008)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, fasc. 5 pag. 1165 – 1168.

⁴⁴ Si deve ricordare che in Europa l'adozione del single è consentita in tutti gli Stati dell'Unione, eccetto che in Austria, Bulgaria, Italia, Grecia, Lituania, Malta, Romania, Slovacchia, Ungheria. E negli Stati in cui è consentita l'adozione del single, l'omosessualità non rappresenta mai una ragione ostativa.

⁴⁵ Ric. n. 25951/07. Per un commento approfondito v. *infra* in questo numero della rivista.

⁴⁶ Tipologia di argomentazione che il comparatista ben sa aver giustificato nella storia degli ordinamenti giuridici occidentali casi eclatanti di discriminazione: un caso per tutti quello della segregazione razziale come affrontato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Plessy*

escluse dal diritto di adozione, per cui non vi è discriminazione basata sull'orientamento sessuale. In altre termini, poiché sono escluse dall'adozione anche le coppie eterosessuali (che però possono sposarsi e uscire dallo status discriminato, ma questo è di competenza dei legislatori nazionali) non c'è discriminazione. Questa sentenza tuttavia non può non essere letta ricordando quanto già sostenuto dalla stessa CEDU nella sentenza del 24 gennaio 2008,⁴⁷ in cui è stato affermato che anche gli omosessuali hanno diritto ad adottare un bambino, superando così anche l'argomento relativo all' "idoneità" del soggetto omosessuale ad essere un buon genitore; nonché nella sentenza *Burden e Burden c. Regno unito*⁴⁸ in cui le partnership registrate venivano assimilate al matrimonio in ragione della forma solenne che assumono entrambi.

Il dibattito che ha preceduto l'emanazione dei provvedimenti legislativi a cui si è fatto cenno è stato particolarmente acceso, venendo in questo caso coinvolti non più soltanto i diritti dei singoli individui adulti adottanti, ma anche quelli dei minori adottati.

Non possiamo non notare tuttavia che al di là del necessario dibattito sulla migliore forma di tutela dei minori di fronte ad istanze sociali promosse da individui adulti che aspirano ad essere genitori, si ravvisano su questo tema resistenze ideologiche ancora più forti di quelle che circondano il dibattito sul matrimonio, intrise di una non troppo celata omofobia⁴⁹. Da un lato infatti il dibattito politico è arrivato, in alcuni casi, ad accostare del tutto impropriamente omosessualità e pedofilia, o ad affermare che quello di omosessualità è un concetto molto vago e indimostrabile (sic!), dall'altro, parte della dottrina, invece di interrogarsi sulle

v. Ferguson, (163 U.S. 537 (1896)), riportata nella manualistica di diritto comparato tra cui, AJANI, *Sistemi Giuridici Comparati, Lezioni e Materiali*, Torino, 2006, pp. 196-197.

(⁴⁷) E.B. v. Francia, 22 gennaio 2008, ricorso n. 43546/02, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 2008, 667, con nota di LONG, *I giudici socchiudono le porte all'adozione agli omosessuali*; FALLETTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2008, 224. La decisione supera il precedente Frettè contro Francia, del 26 febbraio 2002, ricorso n. 36515/97.

⁴⁸ Ric. n. 13378/05, 29.4.2008

⁴⁹ In particolare per il caso italiano si v. RUSSO, *The Ghosts of Politicians: Parliamentary Debates on Homosexuality and Homophobia*, in TRAPPOLIN, GASPARINI, WINTERMUTE (eds), *Confronting Homophobia in Europe*, cit., pag. 163 ss. Ma si v. anche in Francia le affermazioni omofobe del politico Christiane Vanneste, che gli hanno procurato una condanna penale, confermata in Cassazione. Le sue vicende sono ben riportate su. http://fr.wikipedia.org/wiki/Christian_Vanneste.

ragioni profonde di determinate istanze sociali e delle relative resistenze in ambito legislativo e giurisdizionale, si è arroccata in retoriche disquisizioni sui concetti di "natura" e "naturale", per poi concludere quasi apoditticamente il discorso con statuizioni scolpite in antichi brocardi come "*adoptio naturam imitatur*", generando spesso in chi si accinge a studiare la materia per fini anche e soprattutto pratici l'impressione di ascoltare non argomentazioni giuridiche volte alla tutela del caso concreto, ma discorsi moraleggianti simili a quelli che Catone il Censore teneva in Senato.

E' di tutta evidenza come questo sia l'approccio più sbagliato da seguire. La questione dovrebbe essere trattata *in primis* alla luce di studi psicologici e pedagogici (di cui peraltro non v'è traccia nella gran parte dei dibattiti italiani sul tema). Si accenna qui solamente ai più importanti studi, condotti dall'*American Psychoanalytic Association* secondo cui "è nell'interesse del bambino sviluppare un attaccamento verso genitori coinvolti, competenti e capaci di cure. La valutazione di queste qualità genitoriali dovrebbe essere determinata senza pregiudizi rispetto all'orientamento sessuale", e dall'*American Academy of Pediatrics* per cui è nell'interesse del bambino che gli adulti che se ne occupano siano "coscienti e capaci di fornire cure, che siano uomini o donne, etero o omosessuali"⁵⁰.che hanno evidenziato univocamente che non sussiste alcuna differenza, neppure minima, negli effetti della omogenitorialità rispetto alla genitorialità eterosessuale.

Alla luce di dati scientifici di questo tipo si dovrebbe impostare la riflessione sulle soluzioni e sui limiti presenti nella legislazione esistente e nel caso eventualmente verificare la compatibilità costituzionale di regole potenzialmente idonee a creare ingiustificate discriminazioni.

7. "Citazioni" conclusive

"Concludo con un paradosso:", scriveva il Prof. Galgano in tempi meno sospetti, "diversi Stati dell'Unione, quali l'Olanda e il Belgio ammettono il vero e proprio matrimonio fra persone dello stesso sesso, e persino nella cattolicissima Spagna le coppie gay vengono unite in matrimonio, al pari delle coppie eterosessuali, «in nome di Sua Maestà il Re di Spagna», come ci ha mostrato il film

⁵⁰ I riferimenti sono ripresi da LINGIARDI, *Citizen gay. Famiglie, diritti negati, salute mentale*, Il Saggiatore, Milano, 2007, pp.103-104.

Reinas di Pereira, nel quale è un giudice di pace donna a pronunciare la solenne formula. ⁽⁵¹⁾. Applicando in questa materia il principio comunitario dello *shopping* del diritto endoeuropeo, che neutralizza fra i sistemi degli Stati membri il limite dell'ordine pubblico, dovrebbe imporsi la risposta affermativa. Tanto più che il regolamento comunitario n. 2201 del 2003 riserva alla legge nazionale, riguardo al diritto di famiglia, solo le materie del divorzio, dell'annullamento del matrimonio e dei doveri dei genitori verso i figli".

La via giudiziaria al matrimonio fra persone dello stesso sesso è stata battuta con successo nel Massachusetts, come abbiamo visto, con la sentenza del 2003 della Corte Suprema di quello Stato che lo ha ritenuto valido, pur in difetto di una legge in tal senso, per applicazione dei generali principi di libertà e di uguaglianza fra i sessi, nonché nello Stato della California, seppur con le recenti questioni sollevate dal referendum popolare.

E invece in Italia, facendo leva su un'argomentazione formale quale l'esclusiva competenza del Legislatore in materia di diritto di famiglia nessun giudice né di merito né di legittimità né costituzionale ha trovato un modo efficace, pur avendone la legale possibilità, per dare concreta tutela a queste situazioni di fatto, di riconosciuto rilievo costituzionale.

Ma rimane un dubbio: è proprio vero che di fronte ad una reticenza dolosa del Legislatore non ci sia nulla da fare? O sotto una diversa prospettiva, possono i diritti fondamentali essere nella disponibilità delle maggioranze? Non si potrebbe ad esempio far leva sull'ultima proposizione dell'art. 12 prel. che – in caso di vuoto normativo – impone un'interpretazione ispirata ai principi dell'ordinamento e ricordare che l'adesione all'Unione europea comporta l'incorporazione nel nostro sistema dei principi condivisi dai vari paesi della compagine europea ed espressi non solo nelle Raccomandazioni del Parlamento europeo, ma altresì nella Carta di Nizza, oggi confluita nel trattato di Lisbona che ha sostituito il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa? D'altronde l'antecedente storico di tale disposizione⁵² è l'ancora in vigore art. 4 del Code Napoleon: "*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi,*

⁽⁵¹⁾GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006 fasc. 2, p. 323

⁵² Sulle origini dell'art. 12 preleggi c.c. si v. le memorabili pagine di Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 Disp. prel. cod. civ.*, in Gorla, *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*, Milano, 1981, p. 433.

pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". A tale proposito non si possono non ricordare anche le parole contenute nella prima relazione annuale del Consiglio Superiore della Magistratura italiana: "[il magistrato] deve essere esperto della vita sociale per cogliere in essa i valori che danno senso alla norma[...] deve [giudicare] non solo come puro tecnico ma anche come uomo che partecipa ai problemi del suo tempo, sensibile ai valori sociali, per far vivere la legge nella maniera più conforme alle esigenze della collettività" [Csm, 1970, 225].

Sia consentita infine un'ultima citazione. Queste le parole pronunciate dal Procuratore Generale della Cassazione, dott. Vitaliano Esposito, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2012: "La drammatica sinergia tra crisi della giustizia e crisi economica, insomma, non può costituire alibi per legittimare l'oblio della funzione propria ed essenziale della giurisdizione: quella di tutela dei diritti fondamentali. Il diritto al tempo della crisi non può trasformarsi in una crisi di progettualità del diritto. E tale progettualità non può lasciare incompiuta l'azione volta a far emergere ed a proteggere, con sempre maggiore intensità ed efficacia, soprattutto quelli che vengono definiti "diritti sottili" o "diritti degli ultimi": penso, in particolare, ai diritti dei disabili, degli omosessuali, dei bambini, dei migranti, dei detenuti, delle persone vulnerabili. Ma perché ciò accada è necessario - come ho sottolineato negli interventi degli anni scorsi - una forte coesione culturale; coesione non solo tra magistrati, ma tra tutti gli operatori del diritto, tra la giurisdizione e la società civile; coesione sui valori essenziali e fondanti di uno stato democratico."⁵³

⁵³ Il testo completo è scaricabile dal sito della Corte di Cassazione, http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Intervento%20orale%20Proc%20Gen%20Esposito_2011.pdf

**Le unioni tra persone dello stesso sesso a cavallo tra
inesistenza giuridica ed inefficacia:
le possibili soluzioni**

A cura di

*Davide Nalin (paragrafi 1, 6), Alessia Canaccini (paragrafi 2, 3), Domenico
Salvatore Alastra (paragrafo 4), Samantha Mendicino (paragrafo 5)*

Direzione e coordinamento: Davide Nalin

*I) Delimitazione dell'oggetto della ricerca e premesse metodologiche;
II) I rapporti contrattuali di fatto: coppie di fatto eterosessuali ed
omosessuali. Differenze e analogie; III) Il matrimonio tra persone dello
stesso sesso tra questioni di legittimità costituzionale e esigenze di
tutela; IV) La sentenza della Corte di Cassazione. I sez. 15 marzo 2012,
n. 4184: verso il matrimonio tra coppie dello stesso sesso?; V) Preclusa la
adozione alle coppie omosessuali: sentenza della Corte Europea dei
diritti dell'uomo (sentenza 15 marzo 2012, ricorso n. 25951/07); VI) Il
riconoscimento delle unioni di fatto tra persone dello stesso sesso :
l'insoluto contrasto tra diritto e scienza.*

1. DELIMITAZIONE DELL'OGGETTO DELLA RICERCA E PREMESSE METODOLOGICHE.

La tematica del riconoscimento dei diritti alle coppie dello stesso sesso rappresenta da sempre un terreno alquanto irto di difficoltà per i giuristi, i quali sono spesso influenzati da un *background* culturale che impedisce loro di analizzare la questione con un approccio altamente tecnico e non influenzato da istanze soggettive.

La constatazione effettuata può sembrare - ed è - banale: chi è chiamato ad applicare la legge (ed il riferimento non è solo ai magistrati, ma anche agli operatori di diritto in generale) deve seguire un approccio interpretativo altamente razionale, astratto ed asettico, scevro da pregiudizi di sorta. Si badi bene che il termine "pregiudizio" è inteso in senso tecnico, come "*idea od opinione, anteriore alla diretta conoscenza di determinati fatti o persone, fondata su convinzioni tradizionali e comuni ai più*" (ZINGARELLI).

Orbene, una materia delicata come quella oggetto della presente trattazione impone di rispondere in maniera secca alla seguente domanda: **in presenza di una determinata situazione di fatto nella società consistente nella crescente unione tra coppie dello stesso sesso, qual è l'atteggiamento dell'ordinamento giuridico?** Nulla di più. Al giurista non è consentito, in omaggio alla teoria della separazione dei poteri, interrogarsi sulla opportunità o meno di introdurre strumenti di tutela a favore di determinati soggetti, se non sotto il profilo strettamente giuridico. Qualora egli si ponga tali questioni, dismette i panni del giurista per indossare quello del sociologo o del politico.

Venendo al cuore della questione, la società odierna si trova di fronte ad un fenomeno crescente: la unione *di fatto* tra coppie dello stesso sesso. Fattispecie non coincidente a ben vedere con la unione tra coppie *di fatto* dello stesso sesso, anche se la locuzione è invalsa nell'uso, ragion per cui il suo impiego nel corso del presente lavoro è da intendersi nella accezione segnalata.

Nel sillogismo fatto-norma-effetto, il fatto non è rappresentato dalla esistenza di una coppia dello stesso sesso, ma dalla unione stabile tra due o più individui, che sono considerati coppia alla stregua di una legge sociale (tipicità sociale). La tipicità sociale, tuttavia, non coincide con la tipicità legale, sebbene rappresenti un primo step verso quest'ultima.

Sulla premessa che la produzione di effetti nell'ordinamento giuridico è di competenza esclusiva del legislatore e sottratta alla libera disponibilità delle parti e degli interpreti (BETTI),

da un punto di vista astratto, tre sono le opzioni che il diritto può adottare in presenza di una stabile unione di persone dello stesso sesso:

1. **Riconoscimento:** la norma riconosce, sussumendola nella fattispecie astratta, una situazione socialmente tipica ritenuta meritevole di tutela (principio ricavabile dall'art. 1322 cod. civ), ricollegandovi determinati effetti *in maniera conforme* allo scopo perseguito dalle parti. Alla tipicità sociale segue la tipicità legale. Un passaggio intermedio e' sovente individuato nella c.d. tipicità giurisprudenziale: la giurisprudenza inizia a riconoscere come meritevoli di tutela determinate situazioni socialmente tipiche ed il legislatore ne recepisce le istanze. Ambito elettivo di applicazione e' rappresentato dal settore dei contratti (sovente, infatti, alcuni contratti atipici vengono disciplinati dal legislatori e, quindi, tipizzati).

2. **Riprovazione:** la norma recepisce, sussumendola nella fattispecie astratta, una situazione socialmente tipica riconosciuta tuttavia *immeritevole* di tutela alla luce dei principi cardini dell'ordinamento giuridico, ricollegandovi effetti *difformi* rispetto allo scopo perseguito dalle parti. Alla tipicità sociale segue la tipicità legale strumentale ad un giudizio di illiceità.

3. **Indifferenza:** l'ordinamento giuridico, pur essendo a conoscenza di un fenomeno socialmente tipico, se ne disinteressa, in quanto riconosce nelle leggi sociali le fonti maggiormente idonee alla sua disciplina. Detto in altri termini, partendo dal presupposto per cui compito del diritto e' razionalizzare le relazioni umane, si ha indifferenza giuridica in quei settori in cui il diritto non individua una esigenza di mettere ordine ai rapporti tra i consociati. In tal caso, alla tipicità sociale segue la irrilevanza giuridica: il fenomeno esiste *in rerum natura*, ma non nell'ordinamento giuridico, salvo che vengano in rilievo altre disposizioni applicabili al caso singolo. Va messo in evidenza in tale sede che l'irrilevanza non e' una categoria effettuale, bensì una qualificazione, che deve tradursi in inesistenza o nullità. Nel sillogismo norma-fatto-effetto alla inesistenza o alla nullità viene ricollegata dalla disposizione di legge la inefficacia. Per tale ragione, correttamente, parte della dottrina ritiene che la inefficacia di per se sola considerata non possa essere utilizzata per qualificare gli atti della autonomia privata. Ma su tale questione si avrà modo di tornare nel paragrafo 7.

L'interprete, dunque, una volta riconosciuta la esistenza del fenomeno sociale della unione tra coppie dello stesso sesso (e tale dato e' incontestato sia da un punto di vista fenomenico che strettamente statistico), deve attraverso un procedimento interpretativo e deduttivo accertare se ricorra una delle ipotesi sopra indicate nei numeri 1-3 e trarne le conseguenze del caso (in chiave, evidentemente, deduttiva: "se --> allora": così, ad esempio, se ricorre la ipotesi *sub 3, allora* allora la conseguenza e' la inesistenza giuridica).

Anticipando sia da ora alcuni concetti, va rilevato che il nostro ordinamento giuridico non riconosce effetti alle unioni di fatto tra coppie dello stesso sesso, con la conseguenza che si

rientra nella ipotesi n. 3. Dunque se ne disinteressa, non attribuendo rilevanza giuridica a tale fenomeno sociale.

Preso atto di tale situazione, il giurista deve arrestarsi all'evidenza, giacché il legislatore ha ritenuto opportuno non introdurre una apposita regolamentazione e demandare alle leggi sociali la disciplina dei rapporti tra le coppie omosessuali. Le ragioni per cui il legislatore abbia assunto un atteggiamento di indifferenza non interessano il giurista, ma altre scienze (sociologia, filosofia ecc...).

Si può obiettare che un pensiero così puro e cristallino sia come il ghiaccio, destinato a sciogliersi al primo raggio di sole: il giurista infatti - si potrebbe sostenere - non può più essere considerato mera "bocca della legge", ma deve recepire anche le istanze della collettività, cercando una soluzione ottimale.

L'obiezione è con tutta evidenza destinata ad infrangersi nel chiaro dettato dell'art. 101 della Costituzione: "*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*". Parimenti lo sono i giuristi, essendo chiamati anch'essi ad applicarla.

In linea di massima questo è il pensiero seguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria.

Tuttavia di recente si assiste ad alcune prese di posizione divergenti in giurisprudenza.

La Corte di Cassazione recentemente, pur concordando sulle premesse del ragionamento finora riportato, con un complesso *obiter dictum* si è addentrata nella analisi delle cause per cui il matrimonio tra coppie omosessuali sia da ritenersi inefficace. Tale pronuncia impone, dunque, di analizzare in maniera approfondita dal punto di vista strettamente giuridico se sussistano cause ostative al riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso.

2. I RAPPORTI CONTRATTUALI DI FATTO: COPPIE DI FATTO ETEROSESSUALI ED OMOSESSUALI. DIFFERENZE E ANALOGIE.

L'art. 1321 c.c. prevede che il contratto sia "l'accordo di due o più parti per costituire regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale". Sennonché, tra le modalità con cui si conclude un contratto - e dunque si forma un accordo, necessariamente relativo a aspetti patrimoniali - non esiste solo quella classica dello scambio tra proposta e accettazione, ma molte altre, tra cui il principio di esecuzione di cui all'1327, co.l, c.c., secondo cui: "*qualora...per la natura dell'affare..la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto*

inizio l'esecuzione." Tuttavia un comportamento esecutivo può dare luogo ad un rapporto contrattuale non solo quando manchi una risposta, e dunque un'accettazione, come previsto dall'articolo 1327 c.c., ma anche nel caso in cui l'esecuzione di una prestazione da parte di un soggetto in favore di un altro si sia realizzata senza una preventiva proposta. Invero una tale ipotesi non è espressamente disciplinata nel codice civile, ma sul piano teorico si può ritenere ammissibile, se si considera che, appunto perché si abbia un contratto il legislatore non preveda all'art. 1321 cc e 1325 cc. una proposta e una accettazione, bensì un accordo, dunque la formazione di una volontà negoziale, che è altro rispetto alla volontà dei singoli contraenti. Pertanto non è necessario che la volontà dei contraenti si manifesti con una espressa dichiarazione, ma è sufficiente che detta volontà trovi espressione in un accordo in virtù del quale siano eseguite prestazioni oggetto di obbligazioni, che comunque ex art 1174 c.c. devono essere suscettibili di valutazione economica, anche qualora corrispondano a un interesse non patrimoniale. Questa modalità di conclusione del contratto ha indotto a parlare di contratto di fatto, contratto irregolare o di rapporto contrattuale di fatto. Invero occorre specificare che l'utilizzo del termine contratto accanto alla parola fatto, facendo riferimento alla teoria dei fatti e atti giuridici, desta qualche perplessità. Se è vero che un contratto è un fatto giuridico e che gli effetti giuridici propri sono quelli costitutivi, modificativi, regolativi ed estintivi di un rapporto giuridico, è altrettanto vero che la specificazione "di fatto", deve essere intesa rispetto alla fonte, al momento genetico del rapporto contrattuale. Quel fatto sulla base dell'art. 1321 c.c. deve essere necessariamente un accordo, anche se si può manifestare in modi diversi e a prescindere da un atto formale. Invero esistono anche casi in cui l'ordinamento giuridico riconosce rilievo a rapporti a prescindere dall'esistenza di un accordo. Sono ipotesi in cui il rapporto nella sua qualificazione sociale, prima che giuridica, produce effetti corrispondenti a quelli contrattuali. In questo caso la specificazione "di fatto" non deve essere interpretata alla luce della teoria dei fatti e atti giuridici, ma come fonte di obbligazione ex art. 1173 c.c.

L'espressione *rapporti contrattuali di fatto* fu adottata, per la prima volta, in Germania, nel 1943, da Haupt e Lehmann, al fine di equiparare taluni fatti giuridici alle dichiarazioni di volontà. L'esigenza era quella di far sorgere vincoli anche a carico di chi non avesse manifestato alcuna intenzione al riguardo ma avesse tenuto un "*comportamento di impatto sociale*"; si svalutava così il dogma della volontà (di matrice liberista) in favore della tutela degli interessi della collettività.

La dottrina italiana degli anni '50 ha ricostruito il fenomeno dei rapporti contrattuali di fatto, abbandonando l'idea per cui il contratto deve essere sostenuto da un accordo "*dichiarato*", e mettendo in primo piano il "contatto tra due sfere di interessi" valutato nella sua tipica "*concludenza*" quale esplicazione dell'autonomia privata, approvata e protetta

dall'ordinamento come qualunque altro comportamento negoziale.

Così facendo, si è in grado di riconoscere l'esistenza di un contratto anche dove manca lo schema proposta - accettazione: un contratto può venire ad esistenza anche senza le modalità tradizionali di estrinsecazione del consenso, poiché si ritiene sufficiente un comportamento significativo e consapevole.

Una volta superato il problema dell'ammissibilità dei rapporti contrattuali di fatto (si pensi alle figure dell'amministratore di fatto, della società di fatto, del rapporto di lavoro di fatto), si pone l'ulteriore questione della disciplina applicabile a tali rapporti. Tale disciplina sarà, nel limite di compatibilità, quella legale del tipo contrattuale di riferimento e in conformità all'ordine pubblico, al buon costume e alle norme imperative (secondo il controllo di liceità della causa di cui all'art. 1343 c.c.).

I rapporti di fatto invero possono riguardare non solo aspetti patrimoniali, ma anche personali. In questo caso, forse, più che parlare di rapporti contrattuali di fatto, sarebbe opportuno utilizzare il termine rapporti negoziali di fatto. Il riferimento è a convivenze *more uxorio*, nelle quali oltre a rapporti obbligatori emergono anche vincoli di natura diversa, che in qualche modo ricordano quelli propri dei coniugi e che si instaurano sulla base del consenso e dell'*affectio*. Il rispetto di questi ultimi vincoli, come quello di convivenza e di contribuzione, tuttavia è legato a un dovere morale, come nelle obbligazioni naturali, e non può essere imposto coercitivamente come nelle obbligazioni civili. Pertanto, nel caso in cui i conviventi decidano di disciplinare alcuni aspetti del loro rapporto giuridico di fatto, tramite contratti c.d. di convivenza, potranno occuparsi solo di profili patrimoniali del rapporto.

Ciò premesso su di un piano generale, occorre ora applicare i concetti elaborati alla famiglia di fatto.

Precisamente, quest'ultima è fenomeno sempre più diffuso socialmente rispetto al quale l'ordinamento giuridico ha abbandonato forme di riprovazione in favore sempre più del riconoscimento, anche se in assenza di una disciplina generale organica. Tale riconoscimento è circoscritto a talune fattispecie individuate espressamente dal legislatore in riferimento alle coppie eterosessuali, pertanto solo rispetto ad esse saranno evidenziati gli indici normativi rilevanti, che hanno portato dalla tipicità sociale alla tipicità legale delle unioni di fatto. A livello costituzionale la tutela della famiglia di fatto non si ancora all'art. 29 Cost., giacché lì il riferimento è alla famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Anche volendo considerare i concetti di famiglia e matrimonio come duttili e non cristallizzati all'elaborazione fatta dall'Assemblea Costituente, è pur vero che l'interpretazione di una norma non può spingersi al punto da modificarla radicalmente includendo fenomeni totalmente estranei al nucleo originario. Piuttosto la tutela delle cosiddette convivenze *more*

uxorio si fonda sull'art. 2 Cost. Il riconoscimento giuridico delle convivenze *more uxorio* risiede proprio nel fatto che esse rappresentano formazioni sociali che consentono lo sviluppo della persona umana. Dunque si ha una tutela preminente della famiglia legittima, che è ordinamento autonomo preesistente, che tuttavia non esclude una diversa garanzia per la famiglia di fatto. Del resto se si considera l'art. 2 Cost. come una norma aperta è possibile farne lo strumento che è in grado di assicurare in via immediata tutela giuridica a tutte quelle forme associative che si sviluppano nella realtà sociale in vista dello svolgimento della personalità dei singoli.

Sul piano della legislazione ordinaria sono numerose le norme che si riferiscono alla *famiglia di fatto eterosessuale*, benché manchi uno statuto generale. Nelle coppie di fatto la regolamentazione è incentrata sulla tutela della persona piuttosto che sulla famiglia, nel senso che l'ordinamento giuridico tutela l'interesse della persona a realizzarsi nella famiglia. Occorre però rilevare che da rapporti di convivenza stabile sorge un rapporto di solidarietà familiare. In questo senso si pensi, ad esempio, che le prestazioni alimentari a favore del convivente, sono inquadrate come adempimenti di un'obbligazione naturale e dunque rispondono ad un dovere sociale, non ad una pretesa giuridicamente garantita. La solidarietà si manifesta anche come comunanza di vita e si estende alle forme di collaborazione lavorative, nelle quali dalla comunanza materiale e spirituale tra conviventi deve desumersi la gratuità della collaborazione, ad eccezione di casi nei quali si possa effettivamente configurare un rapporto di subordinazione.

Si ha dunque da parte dell'ordinamento giuridico un riconoscimento del fenomeno solo ove emergano esigenze specifiche di tutela e dunque di razionalizzazione, nei casi in cui emerga che la regolamentazione accordata dalla legge sociale non sia sufficiente, per l'emersione di interessi pubblici.

La disciplina è a macchia di leopardo, sicché se procederà ad una sua sintetica analisi.

L'art. 4, co1 D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223 prevede che : *" agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune."*

L'art. 1, l. 29 giugno 1975, n. 405, stabilisce che i servizi offerti dai consultori familiari siano rivolti non solo alle famiglie, ma anche alle coppie.

L'articolo 30 della legge 26 luglio 1975, n. 354, sull'ordinamento penitenziario, riconosce che *" Nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, ai*

condannati e agli internati può' essere concesso dal magistrato di sorveglianza il permesso di recarsi a visitare, con le cautele previste dal regolamento, l'infermo".

Al convivente *more uxorio* la Corte Costituzionale nella sentenza 7 aprile 1988, n. 404 riconosce il diritto alla successione nel contratto di locazione. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 L.392 /1978, nella parte in cui non prevede tra i soggetti che possono succedere nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*, nonché nella parte in cui non prevede la successione del contratto al conduttore che abbia cessato la convivenza, in favore dell'ex convivente, qualora vi sia prole naturale.

Per quanto riguarda l'assegnazione della casa familiare a favore di un genitore naturale affidatario di un minore o convivente con un maggiorenne non economicamente autosufficiente, la Corte Costituzionale con sentenza n.166/1978 ha escluso la necessità di un'interpretazione analogica dell'art. 155 c.c., ritenendo piuttosto che il diritto al godimento dell'abitazione familiare debba essere ricondotta al dovere di mantenimento del figlio. Il dovere di mantenimento dei genitori in favore dei figli consiste nell'obbligo di predisporre tutti i mezzi necessari a garantire il benessere del figlio, tra le quali vi è anche la conservazione di "un ambiente domestico, considerato quale centro degli affetti, di interessi, e di consuetudini di vita, che contribuisce in misura fondamentale alla formazione armonica della personalità del figlio, cosicché, l'assegnazione della casa familiare nell'ipotesi di cessazione di un rapporto di convivenza *more uxorio*, allorché vi siano figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti, deve regolarsi mediante l'applicazione del principio di responsabilità genitoriale, il quale postula che sia data tempestiva ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento del figlio, a prescindere dalla qualificazione dei *status*".

Le istanze della Consulta sono state recepite dal legislatore, il quale con l' art. 4 comma 2 della legge n. 54/06 ha stabilito che la disciplina dettata dagli artt. 155- 155 sexies del codice civile si applica anche ai procedimenti relativi a figli di genitori non coniugati.

Altro aspetto rilevante nelle unioni di fatto è che la convivenza *more uxorio* non attribuisce alcun diritto successorio. Sulla questione si è pronunciata la Corte Costituzionale che , con la sentenza n. 310/1989, ha stabilito che la questione di legittimità costituzionale degli artt. 565 e 582 c.c. è infondata, nella parte in cui le disposizioni richiamate non equiparano per la successione legittima il convivente *more uxorio* al coniuge. La convivenza *more uxorio* non è un titolo di vocazione legittima all'eredità: il diritto successorio richiede che i successibili siano categorie individuate con certezza e contemporaneamente la convivenza è un rapporto di fatto che non consente qualificazioni giuridiche dei diritti e degli obblighi reciproci.

Esistono in realtà molti altri indici normativi del riconoscimento delle coppie di fatto nel nostro ordinamento, tuttavia occorre ricordare che spesso i conviventi regolano i loro rapporti patrimoniali con i c.d. contratti di convivenza. Senza dedicare una trattazione specifica a tali negozi, è sufficiente ricordare che essi sono sottoposti ai controlli tipici dei contratti, dunque devono essere leciti, non contrari a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, devono essere diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela, non devono disciplinare aspetti strettamente personali e devono avere una causa lecita.

Se questa è la situazione per le coppie di fatto eterosessuali, occorre ora vedere quale sia la disciplina applicabile alle coppie dello stesso sesso.

In Italia, infatti, davanti al crescente fenomeno di convivenze stabili tra omosessuali il legislatore si è mostrato indifferente. Come già evidenziato nel delimitare l'oggetto di questa ricerca, si ha indifferenza giuridica quando l'ordinamento, benché a conoscenza di un fenomeno socialmente tipico, se ne disinteressa, ritenendo che sia sufficiente la disciplina accordata a quel fenomeno dalle leggi sociali. Conseguenza dell'indifferenza giuridica è l'inesistenza giuridica.

Senonché occorre distinguere i casi nei quali la coppia omosessuale richiede all'ordinamento il riconoscimento come coppia legittimamente unita in matrimonio da quelli nei quali si pone un problema di estensione della tutela della famiglia di fatto, per le ipotesi espressamente disciplinate dal legislatore, all'unione omosessuale, per verificare se rispetto al fenomeno effettivamente persista o meno l'indifferenza/inesistenza. A questo proposito occorre fare riferimento alla pronuncia storica della Corte Costituzionale, la n. 138/2010, in cui all'unione omosessuale, "intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso" è riconosciuto "il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge- il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri". La coppia omosessuale stabilmente convivente è una forma di comunità che consente e favorisce "il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. Dunque tale forma di comunità è una delle formazioni sociali alle quali l'art. 2 della Costituzione riconosce e garantisce diritti inviolabili, nella quale si " svolge " la personalità dell'individuo e rispetto alla quale sono imposti doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale.

Nel caso in cui la coppia omosessuale intenda ottenere un riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico italiano nelle forme del matrimonio, si dovrà constatare l'impossibilità di un'unione di questo tipo. In tal senso si è pronunciata sia la Corte Costituzionale, con la fondamentale sentenza n. 138/2010, secondo cui è da escludere che "una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti

della coppia possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio". Anche dal semplice esame delle legislazioni dei Paesi che hanno riconosciuto le unioni omosessuali è possibile constatare che non sono previste soluzioni univoche. Al legislatore dunque è data ampia discrezionalità nel riconoscere e garantire le unioni tra omosessuali, pur riconoscendo alla Corte Costituzionale facoltà di intervenire a tutela di specifiche situazioni nelle quali sia necessario un trattamento omogeneo delle coppie omosessuali e delle coppie coniugate, in virtù del principio di ragionevolezza.

Anche la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012 ha escluso il riconoscimento del matrimonio omosessuale, sostenendo che la persona omosessuale manca un diritto costituzionale a sposarsi, ma esiste un pieno diritto alla vita privata, che si esplica anche come vita privata di relazione e dunque nelle peculiari forme di una unione di fatto tra persone dello stesso sesso. In questo senso il Supremo Collegio si riferisce a un diritto inviolabile alla vita familiare: fucina del diritto in questione è ancora una volta l'art. 2 della Costituzione. Viene dunque esclusa la possibilità di riconoscere un matrimonio omosessuale celebrato all'estero, ritenendo che il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso sia sostanzialmente inesistente, non già per una contrarietà all'ordine pubblico - smentita anche a livello di ordinamento comunitario e di diritto internazionale pattizio - ma perché non esistendo una norma che lo riconosca espressamente è impossibile che tale fattispecie sia idonea a produrre alcun effetto giuridico nell'ordinamento italiano.

Se dunque l'ordinamento giuridico persiste in una indifferenza rispetto alle coppie di fatto omosessuali, si espande lo spazio della negoziabilità degli aspetti patrimoniali della convivenza. Il riferimento è anche in questo caso ai contratti cosiddetti di convivenza, che in tale sede per ragioni sistematiche non verranno affrontati.

Invero un riconoscimento del matrimonio tra soggetti dello stesso sesso sembra esserci stato con Cass. pen. sez. I, sent. n. 1328 del 19 gennaio 2011. Il Giudice di pace di Mestre aveva condannato uno straniero per il reato di cui al d.lgs. n. 286 del 1998, art. 10 bis (ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato), disconoscendo la qualità di familiare di cittadino dell'Unione europea. La rilevanza del caso sta nel fatto che l'imputato aveva prodotto in giudizio idonea documentazione che dimostrava che questi aveva precedentemente contratto matrimonio in Spagna con cittadino dell'Unione. Tuttavia si trattava di matrimonio fra persone dello stesso genere. La Suprema Corte richiamando il d.lgs. n. 30/2007, art. 2, attuativo della direttiva 2004/38/CE, secondo cui si intende per familiare il «coniuge», ha concluso che: "Orbene, la Spagna è Stato membro dell'Unione Europea. L'impugnata sentenza ha disconosciuto il diritto di libero circolazione e soggiorno dell'UE nel territorio dello Stato italiano in sostanza qualificando lo stesso come partner di una situazione non

riconoscibile in Italia, mancando però di verificare se, sulla base della legislazione interna dello Stato membro, l'unione in parola sia qualificabile - o equiparabile - a rapporto di coniugio, quale è stato prospettato, con relativa documentazione, dall'imputato. In tal senso è parimenti evidente che lo status di coniuge esime dalla documentazione sulla cittadinanza, trattandosi di due condizioni equiparate *ex lege*. Si impone dunque rinvio perché il Giudice di Pace di Mestre, acquisita la disciplina spagnola in proposito, verifichi nel concreto la condizione dell'UE agli effetti dell'eventuale liceità della sua presenza nel territorio dello Stato italiano.". Questa sentenza è la prima che riconosce effetti, sebbene ai limitati fini del caso in esame, a un matrimonio fra persone dello stesso genere in Italia. L'importanza di questa statuizione non è passata inosservata al Tribunale di Reggio Emilia, decreto 13 febbraio 2012, il quale ha ribadito che la direttiva europea sulla libera circolazione va interpretata alla luce del diritto fondamentale alla non discriminazione per motivi di orientamento sessuale. Le fonti di derivazione comunitaria trovano applicazione anche nei confronti dei familiari di cittadini italiani, per effetto dell'art. 23 del d.lgs. n. 30/2007, così che ad un cittadino uruguayano coniugato in Spagna con cittadino italiano non può essere negato dal Ministero dell'Interno il rilascio del titolo di soggiorno in Italia. Nel rigettare le eccezioni del Ministero, secondo cui altrimenti si sarebbe implicato il riconoscimento di uno status di coniugio ai componenti dello stesso genere di una coppia, il quale avrebbe dovuto considerarsi estraneo all'ordinamento italiano, il Tribunale emiliano compie un'attenta disamina della sentenza della Consulta n.138/2010, delle fonti comunitarie, *in primis* la Carta di Nizza, e della CEDU, in particolare la sentenza *Schalk*.

Proprio per evitare discriminazioni al rovescio, per cui la vita familiare di stranieri sarebbe più protetta di quella di italiani, vi è necessaria continuità applicativa della disciplina sull'immigrazione

fra il precedente della Cassazione e quello del giudice di merito. Inoltre, il Tribunale di Reggio Emilia compie considerazioni che, pur attagliate ad un caso di diritto dell'immigrazione, sono prova

del fatto che la libertà di movimento comporta necessariamente il riconoscimento di - per quanto

circostanziati - effetti giuridici discendenti dal matrimonio e dalle unioni contratte all'estero. Tali effetti prescindono dalla (non) trascrizione dell'atto di matrimonio, come lo stesso tribunale precisa. Questa libertà comunitaria, infatti, involge aspetti che vanno ben al di là del semplice permesso di soggiorno, che è solo uno dei mille corollari della tutela della libertà familiare.

3. IL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO TRA QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE E ESIGENZE DI TUTELA

3.1 La questione di fatto.

L'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Venezia ha rifiutato la pubblicazione di matrimonio di due *nubendi* dello stesso sesso per illegittimità e contrarietà all'ordine pubblico, asserendo che la diversità di sesso tra i coniugi è presupposto fondamentale perché si realizzi la fattispecie di matrimonio. Infatti senza la diversità tra sessi il matrimonio è giuridicamente inesistente. L'Ufficiale ha altresì constatato che l'identità tra sessi non rientra tra gli impedimenti al matrimonio e ha rilevato a tal proposito la distinzione tra nullità e inesistenza del matrimonio. Infine si è tenuto conto delle disposizioni del Ministero dell'Interno (un parere e una circolare) che ha vietato la trascrizione di atti di matrimonio tra persone dello stesso sesso contratti all'estero, perché atti contrari all'ordine pubblico e inesistenti nell'ordinamento giuridico italiano, né assimilabili al matrimonio.

Ciò premesso il Tribunale è chiamato a statuire se ammissibile o meno – a Costituzione e legislazione invariata- il matrimonio tra persone dello stesso sesso nell'ordinamento giuridico italiano.

3.2 La pronuncia del Tribunale di Venezia: nota esplicativa.

I parametri in base ai quali il Tribunale di Venezia ha contestato la legittimità costituzionale degli artt. 93,96,98,107,108,143,143 bis e 156 bis, perché interpretati sistematicamente non consentono alle persone di orientamento omosessuale di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, sono costituiti dai principi di cui agli artt. 2, 3, 29 e 117, co 1. Cost.

Preliminarmente si evidenzia che, se la Corte Costituzionale avesse accolto la questione di legittimità, il risultato sarebbe stato, in parte, una sentenza additiva. Con le sentenze additive, la declaratoria di incostituzionalità colpisce la disposizione "nella parte in cui non prevede" una determinata disciplina, con conseguente aggiunta, da parte della sentenza, di un frammento alla norma oggetto di giudizio. La pronuncia additiva presuppone l'impossibilità di superare la "norma negativa" affetta da incostituzionalità per via d'interpretazione, nonché l'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata. Tra le sentenze additive si distinguono le sentenze additive di principio. In alcuni casi l'accertamento d'incostituzionalità si scontra con la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore ordinario nell'individuazione di una delle possibili soluzioni idonee a rendere la norma compatibile con la Costituzione. In alcune ipotesi la Corte, a partire dalla seconda

metà degli anni ottanta, fa talvolta ricorso, anziché ad un semplice monito, alle cosiddette sentenze additive di principio, con cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto del giudizio "nella parte in cui non", non procedendo tuttavia ad individuare il frammento normativo mancante, ma indicando il principio generale cui rifarsi. **Invece la sentenza della Corte Costituzionale numero 138/2010 si è pronunciata in parte per l'inammissibilità (rispetto ai parametri di cui agli artt. 2 e 117, co.1 Cost.), in parte per l'inammissibilità (rispetto ai parametri di cui agli artt. 3 e 29 Cost.) e comunque si è sottratta ad una attività creatrice che non le appartiene, invocando implicitamente un intervento del legislatore in una materia che si caratterizza per discrezionalità, senza che sia imposta né dall'ordinamento comunitario né da diritto internazionale pattizio alcuna piena equiparazione delle unioni omosessuali alle regole previste per le unioni tra uomo e donna.**

Prima di affrontare i singoli punti della questione di legittimità, il Tribunale di Venezia evidenzia che la disciplina codicistica del matrimonio non contiene alcun divieto espresso di matrimonio tra soggetti dello stesso sesso. D'altra parte per ammettere il matrimonio tra omosessuali non è possibile neppure constatare che non è presente una definizione espressa di matrimonio e dunque è possibile ricostruirne una che comprenda anche le unioni omosessuali. Infatti se è vero che il codice civile non indica tra i requisiti per contrarre matrimonio anche la diversità tra sessi, nondimeno, detta diversità è richiamata espressamente dagli artt. 107, 108, 143 e ss. e 231 ss. del codice civile. Un'interpretazione "estensiva" del matrimonio alle coppie dello stesso sesso non è possibile da parte del giudice ordinario, che non può che applicare la legge a cui è soggetto, nel rispetto della "consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione tra uomo e donna", pur riconoscendo l'emergere di forme diverse di convivenza, che chiedono protezione, si ispirano al modello tradizionale e come quello vogliono essere disciplinate.

Rispetto al parametro dell'art. 2 Cost. il Tribunale afferma che esiste un diritto fondamentale della persona a sposarsi: la famiglia infatti è la formazione sociale primaria in cui si esplica la personalità dell'individuo, in cui sono tutelati i suoi diritti inviolabili e in cui viene attribuito lo status di coniuge, che si caratterizza per un'insieme di diritti e di obblighi del tutto peculiari, che non possono essere attribuiti tramite lo strumento negoziale. Il diritto di sposarsi è riconosciuto anche dall'ordinamento internazionale. L'art. 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 stabilisce infatti che "*Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni*". L'art. 16 si riferisce invece in modo specifico alla famiglia: "*1) Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno*

eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento. 2) Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. 3) La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato." La CEDU all'art. 8 prevede il Diritto al rispetto della vita privata e familiare: "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui". Il diritto al matrimonio invece è contenuto nell'art. 12 CEDU: "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio l'uomo e la donna hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano tale diritto". Infine gli artt. 7 e 9 della Carta di Nizza stabiliscono che "... ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni" e che "... il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

Il diritto a sposarsi si caratterizza come libertà positiva, ovvero sia come libertà di contrarre matrimonio, ma anche come libertà di non sposarsi e convivere secondo un'unione non formalizzata. La libertà di sposarsi è anche libertà di scegliere con chi sposarsi, ma questa attiene alla sfera dell'autonomia. Dunque lo Stato non la può limitare tali libertà, se non ricorrono interessi incompatibili prevalenti, che siano interessi pubblici oppure privati costituzionalmente rilevanti. Su questo punto la Corte Costituzionale ha ribattuto che tutta la disciplina contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale presuppone la diversità di sesso tra i coniugi, dunque non si può estendere la disciplina del matrimonio civile alle unioni omosessuali. Del resto non occorre necessariamente un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio per garantire alle coppie omosessuali un compiuto sistema di diritti e doveri (come dimostrato dalle diverse soluzioni elaborate negli Stati Europei), ma le soluzioni più opportune devono essere scelte dal legislatore nazionale.

In relazione all'art. 3 Cost., il Tribunale sostiene che il divieto di discriminazioni irragionevoli, fondate sul sesso, e l'obbligo dello Stato di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza tra i cittadini" e che "impediscono il pieno sviluppo della persona umana", impongono di dichiarare l'incostituzionalità di quelle disposizioni che implicitamente escludono per le coppie omosessuali il diritto di contrarre matrimonio. L'irragionevole disparità di trattamento sarebbe ancor più evidente, considerando che la l.n. 164/1982 consente alle persone transessuali, una volta ottenuta la sentenza di rettifica di attribuzione del sesso, di contrarre matrimonio con persone dello

stesso sesso di origine, nel pieno rispetto dell'orientamento psicosessuale del soggetto. Proprio l'orientamento psicosessuale è l'elemento meritevole di tutela anche rispetto al matrimonio tra omosessuali e non si capisce su quale fondamento poggia un trattamento differenziato delle unioni omosessuali rispetto al matrimonio di un transessuale.

Per quanto riguarda l'art. 29 Cost, si rammenta che esso prevede che *"la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio"*.

L'espressione "società naturale" non è di immediata comprensione. Tuttavia il Tribunale evidenzia che non si fa riferimento ad un fondamento di "diritto naturale" della famiglia, ma alla preesistenza e all'autonomia della famiglia rispetto allo Stato. La famiglia è intesa come comunità originaria e pregiuridica, si potrebbe dire cellula della società. In questo senso nell'ambito del dibattito sull'art. 29 Cost in senso all'Assemblea Costituente si è espresso l'On.A.Moro, che ha evidenziato come la formula "la famiglia è una società naturale...non è affatto una definizione, anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta in questo caso di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita". L'aggettivo "naturale", secondo l'interpretazione dell'On.A.Moro, non ha un significato zoologico o animalesco e non riguarda un legame di fatto, "non si vuole dire con questa formula che la famiglia sia una società creata al di fuori di ogni vincolo razionale ed etico. Non è un fatto la famiglia, ma è un ordinamento giuridico e quindi qui naturale sta per razionale." Nell'ordinamento giuridico italiano sono ammesse sia la famiglia fondata sul matrimonio sia la famiglia di fatto. Alcune disposizioni della famiglia legittima si possono applicare per analogia alla famiglia di fatto, ma il limite oltre cui non sono riconosciute le famiglie di fatto è costituito dalle unioni tra omosessuali. La ragione è che l'applicazione delle disposizioni sulla famiglia tradizionale (fondata sul matrimonio) alla famiglia di fatto secondo il criterio dell'analogia, trova il limite della compatibilità e della ragionevolezza. Non è possibile estendere tale normativa alle convivenze tra omosessuali, perché la diversità tra sessi dei nubendi non è semplicemente un elemento costitutivo della fattispecie matrimonio, ma è addirittura un presupposto. Tuttavia è possibile che le coppie omosessuali stabilmente conviventi disciplinino alcuni aspetti patrimoniali del loro rapporto tramite i c.d. contratti di convivenza. Invero l'art. 29 Cost. segna il confine tra l'autonomia familiare e la sovranità statale, ma solo in riferimento alla famiglia legittima, prevedendo che il legislatore si inchini al cospetto della famiglia legittima, disciplinandone solo quegli aspetti che incidono su primari valori costituzionali come l'uguaglianza, l'unità della famiglia, il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei figli. Tuttavia il Tribunale di Venezia sostiene che la nozione di famiglia di cui all'art. 29 Cost sia permeabile rispetto ai mutamenti sociali e che non sussista un divieto implicito di matrimonio tra persone dello stesso sesso.

3.3 La soluzione della Corte Costituzionale: la sentenza numero 138/2010.

La Corte Costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità in riferimento agli artt. 2 e 29 Cost., sostenendo che anche se i concetti di famiglia e matrimonio non sono cristallizzati, ma duttili come i principi costituzionali, in relazione ai cambiamenti della società e dell'ordinamento, non è possibile tuttavia per l'interprete manipolare il nucleo essenziale della norma. Il presupposto è semplice: l'ingegneria giuridica non può essere genetica, stravolgendo il significato delle disposizioni. Il matrimonio non può prescindere dalla diversità di sesso dei *nubendi*, diversamente si avrebbe un'interpretazione creativa del tutto arbitraria. Peraltro il riferimento al matrimonio del transessuale, conseguente alla sentenza di rettifica dell'attribuzione del sesso, successiva a intervento chirurgico, è totalmente inconferente: il transessuale aspira a far coincidere il soma con la psiche e si sposa secondo il modello tradizionale di matrimonio proprio quando ha cambiato sesso e in virtù di questo cambiamento.

Quanto al parametro di cui all'art. 117, co.1, Cost., il legislatore è tenuto al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali. Si tratta essenzialmente delle disposizioni di cui agli artt. 8 e 12 CEDU, degli artt. 7 e 9 della Carta di Nizza, nonché di atti del Consiglio d'Europa (Racc. n. 924 del 1 ottobre 1981 con cui si riconosce la necessità di garantire libertà di scelta sull'orientamento sessuale e dignità alle coppie omosessuali) e del Parlamento Europeo (Ris. 8 febbraio 1994 sulla parità dei diritti dell'epersone omosessuali, per una azione comunitaria volta a rimuovere gli ostacoli alla parità; Ris. 16 marzo 2000 sul rispetto dei diritti umani nella UE e in particolare sulla parità dei diritti in materia patrimoniale, fiscale e sociale per le coppie omosessuali, coppie non sposate e per le famiglie monoparentali, rispetto alle famiglie tradizionali; Ris. 14 gennaio 2009 sui diritti fondamentali nell'UE con cui il Parlamento ha esortato la Commissione a presentare proposte che garantiscano da parte degli Stati il reciproco riconoscimento per le coppie omosessuali, sposate e non, nell'esercizio del diritto alla libera circolazione, con l'invito agli Stati ad adottare leggi idonee ad eliminare qualsiasi discriminazione verso le coppie omosessuali).

La Corte Costituzionale quanto alle disposizioni della CEDU e della Carta di Nizza pone l'attenzione su quelle che si occupano in modo specifico del diritto di sposarsi e di costituire una famiglia (art 12 CEDU e art 9 Carta di Nizza), non considerando quelle disposizioni che si riferiscono genericamente alla vita privata (artt. 8 e 14 CEDU e artt. 7 e 21 della Carta di Nizza), rilevando che la normativa richiamata non impone l'equiparazione delle regole previste per gli omosessuali a quelle previste per i matrimoni. Siffatta materia è affidata alla discrezionalità del legislatore nazionale.

Della questione di ammissibilità del matrimonio tra omosessuali si è occupata anche la Corte di Cassazione con la sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012, che ha escluso la trascrivibilità di un matrimonio celebrato all'estero tra omosessuali. La spiegazione che la Corte offre è che un matrimonio siffatto non è idoneo a produrre effetti nell'ordinamento giuridico italiano. Si esclude dunque l'efficacia di un matrimonio tra omosessuali, non per inesistenza o per invalidità ma perché quell'unione non è riconosciuta da alcuna norma dell'ordinamento italiano. Sul punto si registrano già tentativi di ricostruire una categoria autonoma di inidoneità distinguendola dall'inesistenza, ma in realtà la Corte ritiene comunque il matrimonio tra persone dello stesso sesso improduttivo di effetti giuridici nell'ordinamento italiano non più per contrarietà all'ordine pubblico, bensì proprio perché il legislatore non ha previsto, nella sua discrezionalità, alcuna forma legittima di unione omosessuale. Quindi la stabile unione tra soggetti dello stesso sesso è ancora nell'ambito del giuridicamente indifferente per il legislatore italiano. Del resto è escluso dal supremo Collegio un diritto fondamentale a contrarre matrimonio tra omosessuali, mentre è riconosciuto un diritto alla vita privata, anche nella forma di vita di relazione, quindi un diritto a vivere liberamente la condizione di coppia, con la possibilità rispetto a specifiche situazioni, di invocare la tutela giurisdizionale di altri diritti fondamentali, per garantire un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia di fatto, eventualmente sollevando questioni di legittimità costituzionale in casi di disomogeneità combinata con violazioni di norme costituzionali e violazioni del principio di ragionevolezza.

Pronunce conformi e/o difformi

Difformi: Cort.Cost. n. 138 del 15 aprile 2010

Cort. Cost. n. 276 del 7 luglio 2010.

Dottrina

- F.Dal Canto, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte Costituzionale : dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto alla convivenza*, www.associazionecostituzionalisti.it
- A.Puggiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, www.forumcostituzionale.it

4 - LA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, I SEZ., 15 MARZO 2012, N. 4184: VERSO IL MATRIMONIO TRA COPPIE DELLO STESSO SESSO?

4.1) *Introduzione.* 4.2) *Il problema della trascrivibilità del matrimonio contratto all'estero da due cittadini italiani dello stesso sesso; 4.2.1) I requisiti per l'esistenza dell'atto di matrimonio e la nozione tradizionale di matrimonio, accolta nel nostro ordinamento; 4.2.2). Segue. L'inesistenza del matrimonio tra persone omosessuali.* 4.3) *Sulla configurabilità del diritto fondamentale a contrarre matrimonio in capo alle persone dello stesso sesso; 4.3.1) L'incompatibilità tra il matrimonio omosessuale e la Costituzione, alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale.* 4.3.1.1) *Segue. Anche l'unione tra persone dello stesso sesso è una "formazione sociale" ai sensi dell'art. 2 Cost.* 4.3.2) *Diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio e normativa europea: l'intervento della sentenza CEDU del 24 giugno 2010; 4.3.2.1) La non trascrivibilità del matrimonio celebrato all'estero tra persone omosessuali non incide sulla libertà di circolazione; 4.3.2.2) l'interpretazione della normativa comunitaria ad opera della Corte di Strasburgo; 4.3.2.3) L'inclusione della relazione omosessuale nella nozione di "vita familiare".* 4.4) *Conclusioni.*

4.1 Introduzione

In materia di matrimonio tra soggetti dello stesso sesso si è pronunciata, di recente, la Prima Sezione civile della Corte di Cassazione con la sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012, n. 4184, destinata, probabilmente, ad esercitare notevole influenza sul dibattito futuro intorno alla delicata materia, anche in considerazione del fatto che costituisce, al momento, il primo ed unico precedente nella giurisprudenza di legittimità.

Più precisamente, la Corte è stata chiamata, per la prima volta, a decidere sulla specifica questione se due cittadini italiani dello stesso sesso, i quali abbiano contratto matrimonio all'estero, siano o no titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano. La Prima Sezione, ha ritenuto che la risposta a tale quesito dipendesse dalla soluzione della più generale questione se la Repubblica italiana riconosca e garantisca a persone dello stesso sesso il "diritto fondamentale di contrarre matrimonio".

La risposta ai quesiti indicati comporta rilevanti conseguenze pratiche, ben evidenziate dalla medesima Sezione. Infatti, qualora l'ordinamento italiano riconoscesse e garantisse a chiunque - indipendentemente dall'orientamento sessuale - il diritto fondamentale a sposarsi, «*il matrimonio celebrato all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso, quale atto d'esercizio di tale fondamentale diritto, avrebbe immediata validità ed efficacia nel nostro ordinamento*», purchè esso sia stato celebrato secondo le forme previste dalla legge dello

Stato della celebrazione, e, quindi, spieghi effetti civili in quell'ordinamento, e sussistano gli altri requisiti sostanziali relativi allo stato ed alla capacità delle persone previsti dalla legge italiana. Da ciò discenderebbe *«l'ulteriore conseguenza che la trascrizione dell'atto di matrimonio nel corrispondente registro dello stato civile italiano, non avendo natura costitutiva ma meramente certificativa e di pubblicità di un atto già di per sé valido sulla base del principio locus regit actum, formerebbe oggetto di un vero e proprio diritto di ciascuno dei coniugi e costituirebbe, perciò, attività "dovuta" dell'ufficiale dello stato civile richiesto.»*⁵⁴

Nei paragrafi che seguono si esamineranno approfonditamente le argomentazioni assai articolate con le quali la Prima Sezione, ha affrontato le complesse questioni sottoposte alla propria cognizione, rigettando - si anticipa - il ricorso dei due cittadini italiani, che rivendicavano il diritto alla trascrizione dell'atto di matrimonio celebrato all'estero nei registri dello stato civile italiano. Infatti, rifacendosi alla giurisprudenza costituzionale, ha affermato che il matrimonio tra persone dello stesso sesso, celebrato all'estero, è inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano e, in conseguenza, il relativo atto non può essere trascritto nei registri dello stato civile. Tuttavia, il collegio, prendendo spunto dalla recente normativa sovranazionale, come interpretata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ha riconosciuto che le persone omosessuali, conviventi in stabile relazione di fatto, sono titolari del diritto alla vita familiare, nonché del diritto di "agire in giudizio in specifiche situazioni per reclamare un trattamento omogeneo rispetto" a coloro che convivono per effetto del vincolo matrimoniale.⁵⁵

4.2 Il problema della trascrivibilità del matrimonio contratto all'estero da due cittadini italiani dello stesso sesso.

Come anticipato, nel paragrafo precedente, secondo la Prima Sezione due cittadini italiani dello stesso sesso, i quali abbiano contratto matrimonio all'estero non sono titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano.

A tale conclusione la Sezione è giunta attraverso l'esame di numerose disposizioni sia di rango primario, sia di tipo regolamentare, presenti nel nostro ordinamento.

⁵⁴ Cfr. paragrafo 2.1 dei motivi della decisione della sentenza n. 4184/12.

⁵⁵ Cfr. massima alla sentenza n. 4184/2012, in Servizio Novità della Corte Suprema di Cassazione a cura dell'Ufficio del Massimario reperibile al link che di seguito si precisa al fine di consentirne la lettura: <http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniSemplici/SezioniSemplici.asp?ID=3>
#

In primo luogo, viene in rilievo l'art. 115, cod. civ. stabilisce che il cittadino, "anche quando *contrae matrimonio in paese straniero secondo le forme ivi stabilite*" è soggetto, alle disposizioni di cui ai precedenti articoli da 84 a 88, che disciplinano le "condizioni necessarie per contrarre matrimonio", come recita la rubrica della I sezione del Capo III del Codice Civile, e che possono essere considerate fonti di "ordine pubblico", dal momento che contengono impedimenti al matrimonio cosiddetti "dirimenti", che, come tali, non possono essere derogati dai privati e, ai sensi dell'art. 31 delle "preleggi", fungono da limite al rinvio che la legge italiana può fare alle norme di un altro ordinamento, per regolare un rapporto sottoposto alla cognizione di un giudice italiano.⁵⁶

In secondo luogo, altre norme sono contenute nella legge 31 maggio 1995, n. 218, contenente la "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato". In particolare, l'art. 27, primo periodo, dispone che "La capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio"; mentre, il successivo art. 28 stabilisce, che "Il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento". L'efficacia dei provvedimenti e degli atti stranieri è disciplinata dall'art. 65 della medesima legge n. 218/1995, secondo cui "Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi [...] all'esistenza di rapporti di famiglia [...] quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato [...], purché non siano contrari all'ordine pubblico [...]".

Infine, alcune disposizioni sono contenute nel D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, contenente il regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile. Trattandosi di regolamento cd. di "delegificazione", le sue norme possono formare oggetto di sindacato di legittimità qualora venisse proposta questione di costituzionalità sulla legge che abilita il Governo all'adozione del regolamento [nella specie, sull'art. 2, comma 12, della

⁵⁶ A titolo di esempio, si riporta il testo integrale dell'art. 84 Cod. Civ. "**Art. 84. Età.** [1.] I minori di età non possono contrarre matrimonio. [2.] Il tribunale, su istanza dell'interessato, accertata la sua maturità psico-fisica e la fondatezza delle ragioni addotte, sentito il pubblico ministero, i genitori o il tutore, può con decreto emesso in camera di consiglio ammettere per gravi motivi al matrimonio chi abbia compiuto i sedici anni. [3.] Il decreto è comunicato al pubblico ministero, agli sposi, ai genitori o al tutore. [4.] Contro il decreto può essere proposto reclamo, con ricorso alla corte d'appello, nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione. [5.] La corte d'appello decide con ordinanza non impugnabile, emessa in camera di consiglio. [6.] Il decreto acquista efficacia quando è decorso il termine previsto nel quarto comma, senza che sia stato proposto reclamo."

legge n. 127 del 1997, che ne ha previsto l'adozione], ove il vizio sia ad essa riconducibile (per avere, in ipotesi, posto principi incostituzionali o per aver omesso di porre principi in materie che costituzionalmente li richiedono); ovvero in sede di controllo di legittimità sul regolamento, nell'ambito dei poteri spettanti ai giudici ordinari o amministrativi, ove il vizio sia proprio ed esclusivo del regolamento stesso”⁵⁷

In particolare, l'art. 9, co. 1 stabilisce che *“l'ufficiale dello stato civile è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'interno”* (come effettivamente ha fatto, nel caso deciso dalla Corte, l'ufficiale dello stato civile, rifiutando la trascrizione per contrarietà dell'atto di matrimonio celebrato all'estero all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 18 del medesimo D.P.R. n. 396/2000).

L'art. 16 del D.P.R. cit. stabilisce che *“Il matrimonio all'estero, quando gli sposi sono entrambi cittadini italiani o uno di essi è cittadino italiano e l'altro è cittadino straniero, può essere celebrato innanzi all'autorità diplomatica o consolare competente, oppure innanzi all'autorità locale secondo le leggi del luogo. In quest'ultimo caso una copia dell'atto è rimessa a cura degli interessati all'autorità diplomatica o consolare”*.

L'art. 18, disciplinando i casi di intrascrivibilità, statuisce che *“Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico”*.

Ai sensi dell'art. 63, comma 2, lettera c), negli archivi informatici dello stato civile, *“l'ufficiale dello stato civile trascrive: [...] c) gli atti dei matrimoni celebrati all'estero”*. Il successivo art. 64, disciplina il contenuto dell'atto da trascrivere, indicando, dunque, all'ufficiale di stato civile gli elementi da riscontrare nello svolgimento delle proprie funzioni. Ai sensi del primo comma, lettere a), b), c) ed e), *“L'atto di matrimonio deve specificamente indicare: a) il nome e il cognome, il luogo e la data di nascita, la cittadinanza e la residenza degli sposi [...]; b) la data di eseguita pubblicazione [...]; c) il decreto di autorizzazione quando ricorra alcuno degli impedimenti di legge [...]; e) la dichiarazione degli sposi di volersi prendere rispettivamente in marito e moglie”*.

Tali disposizioni, considerate nel loro insieme, delineano l'ambito entro il quale l'ufficiale dello stato civile competente può svolgere i poteri di controllo (anche) sull'esistenza di elementi e requisiti che permettono la trascrivibilità degli atti di matrimonio dei cittadini italiani celebrati all'estero. Al corretto esercizio di tali poteri la costante giurisprudenza di legittimità attribuisce grande importanza, dal momento che considera la sussistenza dei requisiti sostanziali relativi allo stato ed alla capacità delle persone previsti dalla legge italiana, unitamente al rispetto

⁵⁷ cfr. Cass. Civ. sent. n. 427/2000 e Cass. Civ. sent. n. 251/2001.

delle forme previste dalla legge straniera per la celebrazione e per il dispiegamento degli effetti civili nell'ordinamento di riferimento, come condizioni in presenza delle quali un matrimonio civile tra cittadini italiani celebrato all'estero, possa avere immediata validità e rilevanza nel nostro ordinamento. Aderendo a tale orientamento, la Prima Sezione ribadisce che la violazione delle norme italiane relative alla pubblicazione, *«può dar luogo soltanto ad irregolarità suscettibili di essere sanzionate amministrativamente, ovvero alla trascrizione, perché questa ha natura non costitutiva ma meramente certificativa e funzione di pubblicità di un atto già di per sé valido, sulla base del principio locus regit actum.»*⁵⁸

4.2.1 I requisiti per l'esistenza dell'atto di matrimonio e la nozione tradizionale di matrimonio, accolta nel nostro ordinamento.

La costante giurisprudenza della Corte di Cassazione ritiene che il matrimonio civile possa esistere come atto giuridicamente rilevante se presenta i requisiti minimi indispensabili, della volontà matrimoniale manifestata dai nubendi alla presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante e della loro diversità di sesso.⁵⁹

La Sezione I, pur evidenziando che il requisito della diversità di sesso non è previsto *«in modo espresso né dalla Costituzione, né dal codice civile vigente (a differenza di quello previgente del 1865 che, nell'art. 55 ad esempio, stabiliva, quanto al requisito dell'età: "Non possono contrarre matrimonio l'uomo prima che abbia compiuto gli anni diciotto, la donna prima che abbia compiuto gli anni quindici")*, né dalle numerose leggi che, direttamente o indirettamente, si riferiscono all'istituto matrimoniale»- ritiene che esso costituisca *«"postulato" implicito, a fondamento di tale istituto»*. Tale carattere secondo il Collegio, emerge inequivocabilmente da molteplici disposizioni tra cui, principalmente, l'art. 107, primo comma, cod. civ. che, nel disciplinare la forma della celebrazione del matrimonio, prevede - tra l'altro - che l'ufficiale dello stato civile celebrante *"riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie"*.⁶⁰

⁵⁸ In senso conforme, Cass. Civ. n. 10351/1998; Cass. Civ. n. 9578/1993; Cass. Civ. n. 3599/1990, citate nel paragrafo 2.2.1 della sentenza n. 4184/2012.

⁵⁹ Cfr. Cass. Civ. n. 1808/1976, Cass. Civ. n. 1739/1999, Cass. Civ. n. 7877/2000.

⁶⁰ Cfr. paragrafo 2.2.2 della sentenza n. 4184/12.

Analoghe considerazioni sono desumibili dal primo comma dell'art. 108, secondo cui. *“La dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e in moglie non può essere sottoposta né a termine né a condizione”.*

La prima Sezione individua nella legislazione vigente numerosi esempi di disposizioni nelle quali le parole “marito” e “moglie” - utilizzate dal legislatore (attraverso norme del primo tipo) in modo assolutamente prevalente rispetto ad altre espressioni di analogo significato - corrispondono in maniera inequivocabile, rispettivamente, alla parte maschile e alla parte femminile dell'atto (e del rapporto) matrimoniale.

Così., ad esempio, l'art. 5, co. 2, della l. n. 898/1970 stabilisce che *“La donna perde il cognome che aveva aggiunto al proprio a séguito del matrimonio”*, mentre il successivo comma 3, stabilisce che *“Il tribunale, con la sentenza con cui pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, può autorizzare la donna che ne faccia richiesta a conservare il cognome del marito aggiunto al proprio quando sussista un interesse suo o dei figli meritevole di tutela.”*

Tali norme richiamano, in maniera evidente, l'art. 143-bis cod. civ. secondo cui *“La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze.”* e delineano un quadro normativo che a parere della maggior parte degli interpreti riflette *«una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio, come unione di un uomo e di una donna»*, fondata su antichissime e condivise tradizioni culturali, prima ancora che giuridiche, le quali richiedono che i nubendi abbiano sesso diverso.⁶¹ A tal proposito, la Corte richiama la definizione del matrimonio data dai giuristi romani classici (indicato come *“iustae o legitimae nuptiae”* o *“iustum”* o *“legitimum matrimonium”*): *“Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt”*, cui sembra essersi ispirato il Costituente, nella redazione dell'art. 29 Cost., pur non disconoscendo l'esistenza della condizione omosessuale.

Anche nell'ordinamento sovranazionale, a parere della della Prima sezione della Corte di Cassazione, sono rinvenibili evidenti richiami alla concezione tradizionale di matrimonio, come sopra delineata.

A tale concezione, infatti, sembrano ispirarsi sia la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, la quale, all'art. 16 paragrafo 1, prevede che *“Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di*

⁶¹ Cfr. Trib. Venezia, sez. III civ. 4 febbraio 2009.

sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione"; sia l'art. 23, paragrafo 2, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici stipulato a New York il 19 dicembre 1966, secondo cui "Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio".

4.2.2 Segue. L'inesistenza del matrimonio tra persone omosessuali.

Il riferimento al significato tradizionale del concetto di matrimonio, permette al Collegio di richiamare la posizione pressoché unanime degli interpreti che attribuisce alla diversità di sesso tra i nubendi il valore di requisito in assenza del quale l'atto di matrimonio va considerato inesistente e, dunque, non identificabile sul piano giuridico come matrimonio, o come fattispecie che astrattamente corrisponda all'idea di matrimonio socialmente accettata. Tale posizione deriva dalla considerazione che da sempre l'ordinamento giuridico italiano conosce unicamente l'atto di matrimonio che si basa sul consenso che, nelle forme stabilite per la celebrazione del matrimonio, due persone di sesso diverso si scambiano, dichiarando che "si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie" (come recita l' art. 107, co. 1, Cod. Civ.).

La Prima sezione precisa che la categoria dell'atto inesistente, pur in assenza di una norma positiva che espressamente vieti il matrimonio tra persone del medesimo sesso, fa sì che l'atto di matrimonio non dispieghi alcun effetto giuridico, al contrario di un atto di matrimonio nullo che, invece, può, produrre effetti quantomeno fino a che la nullità non venga dichiarata giudizialmente. In altri termini, a parere del Collegio la categoria dell'inesistenza «appare del tutto coerente con la premessa che l'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, mancando di un requisito indispensabile per la sua stessa identificabilità come tale secondo la fattispecie astratta normativamente prefigurata, non è previsto dall'ordinamento e quindi, in questo senso, "non esiste".»⁶²

Detta categoria permette alla Corte di decidere il caso sottoposto alla sua cognizione, facendo dipendere l'intrascrivibilità dell'atto di matrimonio «non già dalla sua contrarietà all'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000 come, invece, originariamente affermato dall'ufficiale dello stato civile» del comune in cui i ricorrenti avevano stabilito la residenza «a giustificazione del rifiuto di trascrizione, in conformità con» specifiche «circolari emanate dal Ministero dell'interno» bensì dalla «sua non riconoscibilità

⁶² Così, paragrafo 2.2.2 della sentenza n. 4184/2012.

come atto di matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano», ragione riscontrabile dall'ufficiale dello stato civile nell'esercizio dei propri poteri.

Sulla base di tali argomentazioni la Corte afferma il principio per cui due cittadini italiani dello stesso sesso, i quali abbiano contratto matrimonio all'estero, non sono titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano.

4.3 Sulla configurabilità del diritto fondamentale a contrarre matrimonio in capo alle coppie omosessuali.

La conclusione circa la impossibilità di trascrivere nei registri dello stato civile l'atto di matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso non preclude alla Prima Sezione di prendere atto del fatto che nella realtà socio-culturale Europea ed extraeuropea il fenomeno di persone dello stesso sesso stabilmente conviventi si è assai diffuso, ovvero è divenuto meno nascosto rispetto agli anni nei quali sono stati redatti importanti testi normativi quali, ad esempio il Codice Civile e la Costituzione italiani. Sul piano giuridico, tale evoluzione ha comportato che alcuni Stati membri dell'Unione Europea ed extraeuropei hanno riconosciuto a tali persone il diritto al matrimonio, ovvero il più limitato diritto alla formalizzazione giuridica di tali stabili convivenze e di alcuni diritti a queste connessi.

Ciò impone alla Prima Sezione di esaminare la questione se la Costituzione italiana riconosca a tali soggetti il diritto fondamentale di contrarre matrimonio ovvero se tale diritto discenda immediatamente dai vincoli derivanti allo Stato italiano dall'ordinamento comunitario o dagli obblighi internazionali, in forza dell'art. 117, primo comma, Cost., secondo il quale *“La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”*.

Richiamando ampiamente due autorevoli precedenti giurisprudenziali, entrambi del 2010, i giudici di legittimità pervengono alla conclusione che il diritto fondamentale di contrarre matrimonio è riconosciuto dalla nostra Costituzione solo a persone di sesso diverso, ma non a persone dello stesso sesso.

4.3.1 L' incompatibilità tra il matrimonio omosessuale e la Costituzione, alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale.

Il primo precedente giurisprudenziale citato dalla Prima Sezione è la sentenza della C. Cost. n. 138 del 14 aprile 2010, che ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità di alcuni articoli del codice civile (artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis) rispetto agli artt. 3 e 29 Cost., ed inammissibile la questione di costituzionalità dei medesimi articoli rispetto agli

artt. 2 e 117, primo comma, Cost., come norma interposta con gli artt. 12 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, "nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso". In particolare:

2. la questione sollevata in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost., è stata dichiarata non fondata, sia perché l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso, e questo significato del precetto costituzionale, non può essere superato per via ermeneutica "creativa", sia perché, in specifico riferimento all'art. 3, primo comma, Cost., le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee rispetto al matrimonio.⁶³
3. La questione sollevata in riferimento all'art. 2 Cost. è stata dichiarata inammissibile, perché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non prevista dalla Costituzione come obbligatoria.
4. La medesima questione - sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alle specifiche norme "interposte", di cui ai già citati artt. 12 della CEDU e 9 della cosiddetta "Carta di Nizza" - è stata dichiarata del pari inammissibile, perché tali norme interposte, "con il rinvio alle leggi nazionali, [...] conferma[no] che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento".

L'art. 29 Cost. Stabilisce che [I] *"La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio."* [II] *"Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare."*

La Prima sezione della Corte di Cassazione fa proprie le argomentazioni della Corte Costituzionale secondo cui i costituenti nell'elaborazione di detta norma presero in considerazione, costituzionalizzandola, «la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942 che [...] stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso». Tuttavia, i giudici della Consulta ritengono che detto concetto di matrimonio, insieme a quello di famiglia «vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Tale interpretazione "evolutiva", però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul

⁶³ Cfr. Caringella, F. - De Marzo, G. *Manuale di Diritto Civile I. Persone, famiglia, successioni e proprietà*. Milano, 2007, pagg. 310-319.

nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». ⁶⁴

4.3.1.1 Segue. Anche l'unione tra persone dello stesso sesso è una "formazione sociale" ai sensi dell'art. 2 Cost.

La Prima Sezione, evidenzia che la Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 138 del 2010, per la prima volta, ha affermato che nelle "formazioni sociali" di cui all'art. 2 Cost. deve comprendersi anche «l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso», con la conseguenza che le singole persone componenti tale formazione sociale sono titolari del "diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri".

Infatti, giova ricordare che l'art. 2 Cost. stabilisce che *"La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"*, ove per "formazione sociale" - come precisato dalla Corte Costituzionale - , «deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico». ⁶⁵

Il citato diritto fondamentale deriva immediatamente dall'art. 2, e discende anche dall'art. 3, primo comma, Cost., laddove questo assicura la "pari dignità sociale" di tutti (i cittadini) e la loro uguaglianza davanti alla legge, "senza distinzione di sesso", e quindi vieta qualsiasi atteggiamento o comportamento omofobo e qualsiasi discriminazione fondata sull'identità o sull'orientamento omosessuale.

I giudici della Corte di Cassazione, rifacendosi ai giudici costituzionali sembrano voler sottolineare la necessità di un intervento organico del legislatore nazionale. Infatti, con una certa insistenza ribadiscono che, fermo il riconoscimento e la garanzia del diritto "inviolabile" a vivere la propria condizione di coppia, qualsiasi formalizzazione giuridica della unione omosessuale «necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia», con la conseguenza che, «nell'ambito

⁶⁴ Così, paragrafo 3.1 della sentenza n. 4184/12.

⁶⁵ Cfr. C. Cost. 14 aprile 2010, n. 138, n. 8 del considerato in diritto.

applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette».

Entrambi i collegi ritengono che «L'aspirazione a tale riconoscimento giuridico non può "essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio», e, perciò la Corte Costituzionale ritiene "riservata" a se stessa «la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988)», potendo accadere che, "in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza»⁶⁶.

Conformandosi a quanto statuito dalla Corte Costituzionale, la Sezione I ritiene che, da un lato, l'art. 2 della Costituzione non riconosca il diritto al matrimonio delle persone dello stesso sesso e neppure obblighi il legislatore a garantire tale diritto quale forma esclusiva del riconoscimento giuridico dell'unione omosessuale, cioè, in altri termini, ad "equiparare" le unioni omosessuali al matrimonio; dall'altro, che il "diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia", derivante invece immediatamente dall'art. 2 Cost., comporti che i singoli (o entrambi i) componenti della "coppia omosessuale" hanno il diritto di chiedere, "a tutela di specifiche situazioni" e "in relazione ad ipotesi particolari", un "trattamento omogeneo" a quello assicurato dalla legge alla "coppia coniugata", omogeneizzazione di trattamento giuridico che la Corte costituzionale "può garantire con il controllo di ragionevolezza".

In tal modo, il Collegio per la prima volta, riconosce espressamente ai componenti della coppia omosessuale, la legittimazione ad agire per la tutela giurisdizionale della loro unione, cioè il diritto di rivendicare davanti ai giudici comuni il loro diritto alla vita familiare, confermando, al contempo, l'attribuzione alla Corte Costituzionale del sindacato sulle discipline normative che contengono o determinano disparità di trattamento tra categorie di soggetti affinché, in primo luogo, venga salvaguardata la discrezionalità del legislatore, in secondo luogo venga tutelato il principio della parità di trattamento in situazioni uguali o assimilabili, e, infine, venga garantito tra i valori costituzionali diversi e contrastanti tra loro un bilanciamento tale da pervenire ad un equilibrio valido per le fattispecie normative sottoposte a controllo.⁶⁷

⁶⁶ Cfr. paragrafo 3.2 della sent. n. 4184/12.

⁶⁷ Cfr. C. Cost. n. 200/1972.

4.3.2 Diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio e normativa europea: l'intervento della sentenza CEDU del 24 giugno 2010.

Il secondo precedente giurisprudenziale, ampiamente citato dai giudici di legittimità è costituito dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 24 giugno 2010 (Prima Sezione, caso Schalk e Kopf contro Austria) che affronta, per la prima volta, la questione se due persone dello stesso sesso "possono affermare di avere il diritto di contrarre matrimonio".

Il richiamo di tale pronuncia si rende necessario, precisa la Sezione, dal momento che - come più volte stabilito dalla Corte Costituzionale - l'interpretazione e l'applicazione delle norme della Convenzione, pur essendo affidata ai giudici degli Stati contraenti, è attribuita, in via definitiva, alla Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, la cui competenza appunto "si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste" dalla Convenzione medesima. Di conseguenza, detti giudici hanno il dovere di interpretare la norma interna in modo conforme alla norma convenzionale fintantoché ciò sia reso possibile dal testo di tale norma e, in caso di impossibilità dell'interpretazione "conforme", di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con la norma convenzionale "interposta", per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.. In tal modo, l'interpretazione data dalla Corte Europea vincola, anche se non in modo incondizionato, detti giudici e costituisce il "diritto vivente" della Convenzione.⁶⁸

Per rispondere al quesito la Corte dei Diritti delinea il quadro normativo di riferimento interpretandolo in modo - si anticipa - da giungere alla conclusione che la relazione dei componenti una coppia omosessuale, conviventi in una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione.

Alla fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso sono applicabili le seguenti disposizioni.

- ▲ L'art. 12 della CEDU, firmata a Roma il 4 novembre 1950, secondo cui: *"Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto"*.
- iv) L'art. 14 della stessa Convenzione (che reca la rubrica: "Divieto di discriminazione") dispone che *"Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare*

⁶⁸ cfr. art. 32 CEDU; cfr., altresì, ex plurimis, C. Cost. sent. nn. . 348 e 349/2007, sent. n. 80/2011 e n. 15/2012.

quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione" A parere della Corte Europea tale disposizione, per i casi di matrimonio, va coordinata con il precedente art. 8 (che reca la rubrica: "Diritto al rispetto della vita privata e familiare"), laddove al paragrafo 1 statuisce che "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare", mentre il paragrafo 2, dispone che "Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui."

- L'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (cosiddetta "Carta di Nizza", del 7 dicembre 2000, ri-proclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007) che recita: "Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

Tali norme, secondo la Corte CEDU, vanno coordinate con altre disposizioni di rango sovranazionale:

1. L'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) che stabilisce: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, (...), che ha lo stesso valore giuridico dei trattati" [paragrafo 1, primo comma]. "Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati" [secondo comma]. "I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni" [terzo comma]. "L'Unione aderisce alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati" [paragrafo 2]. "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" [paragrafo 3].
2. L'art. 51 della Carta di Nizza (che reca la rubrica "Ambito di applicazione" ed è compreso nel Titolo VII, concernente "Disposizioni generali che disciplinano

l'interpretazione e l'applicazione della Carta" e richiamato dal su menzionato art. 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE) secondo cui "Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati [paragrafo 1]. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati [paragrafo 2]".

3. l'art. 52, paragrafo 3, della stessa Carta (che reca la rubrica "Portata e interpretazione dei diritti e dei principi" ed è parimenti compreso nel Titolo VII) dispone: "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

4.3.2.1 La non trascrivibilità del matrimonio celebrato all'estero tra persone omosessuali non incide sulla libertà di circolazione.

La Cassazione prende spunto dal quadro normativo europeo, delineato dalla sentenza CEDU per precisare che la «specifica fattispecie» sottoposta alla sua cognizione - concernente la trascrivibilità, o no, nei registri dello stato civile italiano di un atto di matrimonio di cittadini italiani dello stesso sesso celebrato all'estero - non lede la libertà di circolazione assicurata dai trattati istitutivi all'interno del territorio dell'Unione Europea e, pertanto, «non rientra tra le materie attribuite alla competenza dell'Unione Europea ed inoltre è priva di qualsiasi legame, anche indiretto, con il diritto dell'Unione.»⁶⁹

Infatti, secondo una posizione (fatta propria dei ricorrenti, nella specie) due cittadini dello stesso sesso di uno degli Stati membri dell'Unione, i quali abbiano contratto matrimonio in uno di tali Stati che riconosca un matrimonio siffatto, non potrebbero stabilirsi, con il medesimo status di coniugi, in altro Stato membro che non riconosca invece il matrimonio omosessuale, con conseguente lesione della loro libertà di circolazione e di soggiorno nel

⁶⁹

Cfr. paragrafo 3.3.2 della sent. n. 4184/12.

territorio degli Stati membri, garantita dall'art. 21, paragrafo 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).⁷⁰

I Giudici di Legittimità, in tal modo aderiscono all'orientamento seguito dalla Corte Costituzionale e dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, secondo cui affinché la Carta di Nizza possa trovare applicazione, occorre che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto Europeo - in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione.⁷¹

Poiché *“il diritto alla libera circolazione comprende sia il diritto per i cittadini dell'Unione Europea di entrare in uno Stato membro diverso da quello di cui sono originari, sia il diritto di lasciare quest'ultimo”*, la mancata trascrizione dell'atto di matrimonio costituisce impedimento di mero fatto, dal momento che, in primo luogo, la libertà di circolazione e soggiorno dei componenti l'unione omosessuale non ne è in alcun modo pregiudicata, e che, in secondo luogo, a ciascuno Stato membro dell'Unione è attribuita la libera scelta di garantire o no il diritto al matrimonio omosessuale, come stabilito, tra l'altro dallo stesso art. 9 della Carta di Nizza⁷². Tale norma, infatti, a parere della Corte di Cassazione, nel riconoscere

⁷⁰ Per comodità, si riporta il testo dell'art. 21 del TFUE (corrispondente all'art. 18 dell'abrogato Trattato della Comunità Europea).

1. Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi.
2. Quando un'azione dell'Unione risulti necessaria per raggiungere questo obiettivo e salvo che i trattati non abbiano previsto poteri di azione a tal fine, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare disposizioni intese a facilitare l'esercizio dei diritti di cui al paragrafo 1.
3. Agli stessi fini enunciati al paragrafo 1 e salvo che i trattati non abbiano previsto poteri di azione a tale scopo, il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, può adottare misure relative alla sicurezza sociale o alla protezione sociale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo.

⁷¹ cfr., ex plurimis, CEDU, Sent. 29 maggio 1997, causa C-299/95, Kremzow; Ord. 6 ottobre 2005, causa C-328/04, Attila Vajnai; Sent. 5 ottobre 2010, causa C-400/10, Me B, L. E.; Sent. 15 novembre 2011, causa C-256/11, Dereci.

⁷² Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea sent. 17 novembre 2011, causa C-434/10, Aladzhov

il "diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia", riserva tuttavia alla competenza dei singoli Stati membri dell'Unione il compito di garantirli nei rispettivi ordinamenti "secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

4.3.2.2) L'interpretazione della normativa comunitaria ad opera della Corte di Stasburgo.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ha fornito una innovativa lettura degli artt. 12 e 14 della CEDU, rigettando il ricorso proposto da due cittadini austriaci dello stesso sesso che avevano chiesto all'ufficio dello stato civile di adempiere le formalità richieste per contrarre matrimonio e che, a fronte della reiezione della richiesta, avevano dedotto di essere stati discriminati, in violazione delle norme citate, in relazione all'art. 8, della Convenzione, in quanto, essendo una coppia omosessuale, era stata loro negata la possibilità di contrarre matrimonio o di far riconoscere la loro relazione dalla legge in altro modo.

L'art. 12 della CEDU che attribuisce a uomini e donne il diritto a sposarsi, va coordinato con l'art. 9 della Carta di Nizza, secondo cui la garanzia di tale diritto è affidata alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. La disposizione da ultimo citata, al pari delle altre disciplinate dalla Carta, deve essere interpretata dai "giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del Praesidium della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del Praesidium della Convenzione Europea", come previsto dal quinto capoverso del Preambolo e dal paragrafo 7 dell'art. 52 della stessa Carta.

Applicando a tali articoli i criteri ermeneutici di cui al citato art. 6 TUE si giunge ad attribuire efficacia espansiva ai diritti, alle libertà ed ai principi della Carta, anche grazie alle "spiegazioni" cui si fa riferimento nella stessa Carta, le quali "*pur non avendo status di legge, rappresentano un indubbio strumento di interpretazione*" come sottolinea un orientamento assai diffuso in giurisprudenza.⁷³

In particolare, secondo le cd. "spiegazioni" (contenute nel cd. Commentario alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, divenuto vincolante nel dicembre 2009) "Il paragrafo 3 [del citato art. 52 della Carta di Nizza] intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo affermando la regola secondo cui, qualora i diritti della presente Carta corrispondano ai diritti garantiti anche dalla CEDU, il

⁷³ A tale orientamento ha aderito anche la Corte Costituzionale, proprio con la sentenza n. 138/2010, richiamata dalla pronuncia n. 4184/2012, cui si riferiscono le parole tra virgolette (paragrafo 10 del considerato in diritto, per la precisione).

loro significato e la loro portata, comprese le limitazioni ammesse, sono identici a quelli della CEDU”, cioè ai diritti derivanti sia dalla Convenzione, sia dai relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di tali strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione Europea. A tali diritti l'Unione deve garantire la protezione più ampia possibile: la Carta “in nessun caso” può accordare a tali diritti una protezione che si situi “ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU”.

Nelle stesse “spiegazioni” si evidenzia che l'art. 9 della Carta, ha significato identico a quello dell'art. 12 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, ma ha un campo d'applicazione più ampio che può essere esteso “ad altre forme di matrimonio eventualmente istituite dalla legislazione nazionale”. La Corte di Strasburgo evidenzia che dalle stesse “spiegazioni” emerge come il citato art. 9 sia stato formulato in modo da disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono che una famiglia possa essere sorgere da atti diversi dal matrimonio, giungendo alla conclusione che l'articolo in esame «*non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda.*»

In conseguenza di tali argomentazioni, la Corte istituita dalla CEDU, precisa che l'art. 12 della stessa CEDU «*garantisce il diritto fondamentale di un uomo e di una donna di contrarre matrimonio e di fondare una famiglia. L'esercizio di questo diritto da origine a conseguenze personali, sociali e giuridiche. Esso è soggetto alle leggi nazionali degli Stati Contraenti, ma le limitazioni introdotte in merito non devono limitare o ridurre il diritto in modo o in misura tale da minare l'essenza stessa del diritto.*». Inoltre, tale disposizione da un lato, va messa in relazione con tutti gli altri articoli della Convenzione, i quali «*concedono diritti e libertà a tutti o dichiarano che nessuno deve essere sottoposto a certi tipi di trattamento proibito*»; dall'altro va considerata nel suo contesto storico d'origine. Infatti nel 1950, anno di adozione della Convenzione, «*il matrimonio era inteso chiaramente nel senso tradizionale di unione tra partner di sesso diverso*». ⁷⁴

Gli stessi giudici, nella pronuncia riportata tra i motivi della decisione n. 4184/2012, affermano esplicitamente che «*l'incapacità per una coppia di concepire o di procreare un figlio non inibisce di per sé il diritto di contrarre matrimonio. Tuttavia, tale decisione non permette alcuna conclusione sulla questione del matrimonio omosessuale*», il quale, malgrado i mutamenti sociali che sono intervenuti, in generale, sull'istituto del matrimonio, è permesso e

⁷⁴ Così CEDU Sent. 24 giugno 2010, pag. 55.

normativamente regolamentato soltanto in sei Stati, sui quarantasette aderenti alla Convenzione.

Dal "Commentario" citato, si ricava che nel redigere l'art. 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea è stato volutamente evitato il riferimento agli uomini e alle donne, al fine di attribuirgli un campo di applicazione più ampio dei corrispondenti articoli di altri strumenti relativi ai diritti umani [...]. Tale estensione trova un limite nella presa d'atto che gli ordinamenti dei singoli stati non seguono - come si è accennato - una linea unitaria in materia di matrimonio omosessuale, alcuni permettendolo, altri disinteressandosene, altri ancora, addirittura, vietandolo espressamente. Tale presa d'atto si concretizza nella libertà lasciata agli organi depositari del potere legislativo dei singoli Stati di decidere se permettere o meno i matrimoni omosessuali. *«In base al Commentario, si può sostenere che non vi è ostacolo al riconoscimento delle relazioni omosessuali nel contesto del matrimonio.»* Il che equivale a dire che il diritto al matrimonio (di cui all'art. 12 CEDU) non è più riconosciuto soltanto a persone di sesso opposto. *«Tuttavia non vi è alcuna disposizione esplicita che preveda che le legislazioni nazionali debbano facilitare tali matrimoni.»*⁷⁵

Coerentemente con l'autonomia riconosciuta ai singoli legislatori, e - nel rispetto della diversità tra una società e l'altra delle "connotazioni sociali e culturali" - la Corte dei Diritti, dichiara di non potersi spingere *«a sostituire l'opinione delle autorità nazionali con la propria, dato che esse si trovano in una posizione migliore per valutare e rispondere alle esigenze della società»*, mostrando così la propria consapevolezza della crescente tendenza negli Stati Europei verso un riconoscimento giuridico e giudiziario di unioni di fatto stabili tra omosessuali.

In conseguenza dell'attività ermeneutica svolta dalla Corte di Strasburgo sull'art. 12 CEDU, la Corte di Cassazione dichiara espressamente che la propria *«giurisprudenza (...) - secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è, unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante, requisito minimo indispensabile per la stessa "esistenza" del matrimonio civile, come atto giuridicamente rilevante - non»* è più *«adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire "naturalistico", della stessa "esistenza" del matrimonio.»* Per tutte le ragioni ora dette, l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali

⁷⁵ Così CEDU 24 giugno 2010, cit., pag. 60.

4.3.2.3 L'inclusione della relazione omosessuale nella nozione di "vita familiare".

Come anticipato, la Prima Sezione della Corte di Cassazione, riporta la decisione della Corte di Strasburgo del 14 giugno 2010, nella parte in cui, innovando rispetto alla precedente giurisprudenza, stabilisce che *«la relazione dei componenti una coppia omosessuale, conviventi in una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione»*.⁷⁶

Prima di tale pronuncia, la giurisprudenza riteneva che la relazione emotiva e sessuale di una coppia omosessuale. rientrasse nella nozione di vita privata nell'accezione dell'art. 8 della Carta di Nizza, ma era controverso se essa costituisse anche una una vita familiare, pur trattandosi di una relazione durevole tra partner conviventi . Inoltre, si riteneva che la nozione di famiglia, di cui all'art. 14 CEDU, potesse comprendere sia le relazioni basate sul matrimonio sia altri legami familiari di fatto, in ipotesi di parti conviventi fuori dal vincolo del matrimonio" Tale nozione però, sembrava riferita soltanto alle coppie eterosessuali.

In considerazione del fatto che, *«dal 2001 in molti Stati Membri gli atteggiamenti sociali nei confronti delle coppie omosessuali si sono rapidamente evoluti, ed un notevole numero di Stati Membri ha concesso il riconoscimento giuridico alle coppie omosessuali»*, e che *«certe disposizioni del diritto dell'UE riflettono anche una crescente tendenza a comprendere le coppie omosessuali nella nozione di famiglia»*, la Corte, testualmente, *«ritiene artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della vita familiare ai fini dell'articolo 8.»*

4.4 Conclusioni.

Al termine del complesso iter argomentativo, i giudici della Prima Sezione della Corte di Cassazione, giungono a due conclusioni destinate ad influire sul dibattito relativo alla possibile introduzione nel nostro ordinamento di una disciplina delle unioni stabili e durature tra cittadini dello stesso sesso.⁷⁷

In primo luogo, la Sezione afferma che i componenti della coppia omosessuale che convivono in una stabile relazione di fatto, sono titolari dei seguenti diritti:

3. il diritto alla "vita familiare";
3. diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia;

⁷⁶ Così CEDU 24 giugno 2010, cit., pag. 94.

⁷⁷ Cfr. Caringella, F - Buffoni, L. *Manuale di Diritto Civile*. III ed. Roma 2011, pagg. 1731 - 1744.

- ▲ diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, tra cui, in particolare, la tutela di altri diritti fondamentali.

In Italia (a legislazione vigente), essi non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio, né il diritto a che venga trascritto il matrimonio contratto all'estero, ma nell'esercizio dei diritti di cui sono titolari, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza di situazioni specifiche, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello che la legge assicura alle coppie coniugate. In tali sedi i componenti della coppia omosessuale potrebbero sollevare le comparenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, nella parte in cui non assicurino detto trattamento, assumendo la violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza.

In secondo luogo, la Corte stabilisce il principio secondo cui due cittadini italiani dello stesso sesso, che abbiano contratto matrimonio all'estero, non sono titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano. Tale intrascrivibilità, dipende dalla inidoneità di siffatti atti a produrre qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano, e non più dalla loro "inesistenza" e neppure dalla loro "invalidità", in virtù dell'art. 12 CEDU, che ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi quale requisito minimo indispensabile per la stessa "esistenza" del matrimonio civile.

Con la pronuncia esaminata, la Corte di Cassazione conferma l'orientamento per cui, in attesa degli opportuni interventi del legislatore interno e degli ulteriori sviluppi della legislazione sovranazionale, ai giudici comuni e alla Corte Costituzionale spetta il compito di individuare caso per caso le "specifiche situazioni" ritenute meritevoli di tutela e le modalità in cui questa possa essere concretamente garantita.

5. PRECLUSA LA ADOZIONE ALLE COPPIE OMOSESSUALI: SENTENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (SENTENZA 15 MARZO 2012, RICORSO N. 25951/07)

La complessa tematica sinora analizzata si salda con un'altra delicata questione: la possibilità (giuridica) di concedere in adozione minori a coppie dello sesso. A tal riguardo si è pronunciata di recente Corte Europea dei diritti dell'uomo. Il caso è piuttosto lineare: una coppia di donne francesi omosessuali e conviventi da oltre venti anni (come comprovato dal negozio di convivenza stipulato dalle stesse) decide di far valere il diritto di una delle due donne ad adottare la figlia che la propria compagna ha concepito pochi anni prima mediante l'ausilio del seme di un donatore sconosciuto e con la tecnica della procreazione medicalmente assistita. La minore ha sempre vissuto con la mamma e non ha mai conosciuto il padre biologico, nel rispetto della normativa vigente in Francia. La compagna della mamma biologica, a sua volta, ha instaurato con la minore un rapporto d'affetto.

Quanto precede, però, non basta, secondo la valutazione del giudice nazionale, per poter accogliere la domanda di adozione da parte della donna. Difatti, la pronuncia della Corte francese di primo grado e, successivamente, anche quella d'appello, sebbene prendano atto del legame affettivo instaurato tra la possibile adottante e la piccola, ne respingono la domanda, perchè le conseguenze legali e pratiche derivanti dall'adozione stessa sono giudicate difformi dall'interesse della minore.

Punto preliminare è chiarire il concetto di "adozione semplice", a cui si fa riferimento nella sentenza della Corte EDU ed anche nelle due sentenze nazionali.

La *adoption simple* (traducibile come adozione semplice e adozione non legittimante) nel diritto francese va distinta dalla cd. *adoption pleniere* ("adozione completa" o legittimante): la prima (applicabile sia ai minori che ai maggiori d'età) crea un vincolo legale tra l'adottante e l'adottato che va ad affiancarsi al vincolo biologico (tanto che il cognome dell'adottante può aggiungersi a quello dell'adottando con la conseguenza, però, che a seguito di ciò il genitore biologico perde la potestà genitoriale in favore dell'adottante); la adozione completa, invece, determina la sostituzione *in toto* di tale nuovo rapporto legale con quello biologico, con la conseguenza che il minore acquista un nuovo stato di famiglia (art. 356 codice civile francese, riferito, a differenza della adozione semplice, soltanto ai minori).

Ed è proprio in virtù delle suseposte conseguenze legali discendenti dalla adozione semplice nel diritto francese⁷⁸ che le due pronunce concordano nel rifiutare la ammissibilità, nel caso *de quo*, all'adozione.

Chiamata a pronunciarsi, la Corte Europea dei diritti dell'uomo conclude per la natura non discriminatoria della sentenza impugnata nei confronti della coppia omosessuale.

Punto di partenza e' rappresentato dal fatto che nella sentenza della Corte (sentenza CEDU 15 marzo 2012, ricorso n. 25951/07) non vi e' alcun riferimento alla circostanza dell'inesistenza del matrimonio tra le due donne come elemento ostativo alla statuizione dell'adozione.

D'altra parte, già nel 2010⁷⁹ la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di chiarire che *"la Corte ritiene artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della vita familiare ai fini dell'articolo 8... conseguentemente la relazione dei ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione⁸⁰".*

Questo il concetto di fondo espresso dalla Corte a sostegno delle pronunce giurisdizionali francesi: la CEDU non ha mai stabilito che esiste a carico dei paesi membri l'obbligo di garantire alle coppie omosessuali l'accesso al matrimonio. Ciò in quanto gli Stati mantengono un potere discrezionale per quanto concerne il riconoscimento legale a tali unioni.

⁷⁸ Inoltre, si deve precisare che in Francia la adozione semplice, quella completa e quella internazionale (le 3 tipologie di adozioni francesi) possono essere richiesti sia da coppie sposate che da *singles*: quando l'adozione è richiesta da un *single* (più correttamente: quando l'adozione è richiesta da un singolo, cd. adozione individuale, con ciò precisando che può avanzare tale istanza anche una persona sposata) si crea per legge un rapporto solo fra adottante ed adottato. Tant'è che nel caso in cui nella adozione individuale il *single* (inteso come: l'unica persona che ha richiesto l'adozione) risulti sposato, la legge richiede il consenso del *partner* senza con ciò creare alcun legame tra questi e l'adottato. Altra ipotesi si ha quando (come nella sentenza CEDU del 2012) il convivente di una coppia vuole adottare il figlio del compagno. In questo caso la normativa francese prevede la possibilità della summenzionata adozione semplice/non legittimante che, però, non permette l'esercizio congiunto della potestà genitoriale (sostituendo in ciò l'adottante al genitore biologico), con l'unica eccezione dell'ammissibilità della potestà congiunta nel caso di adozione di minori da parte di una coppia sposata.

⁷⁹ Corte EDU, dec. del 24/06/2010, Schalk and Kopf v. Austria, ric. n. 30141/04

⁸⁰ vedasi le considerazioni meglio precisate nei paragrafi precedenti

In una precedente pronuncia la Corte ha inoltre ricordato che sebbene il diritto al matrimonio (ex art. 12 della CEDU ed ex art. 8 della Carta diritti fondamentali U.E.) includa quello relativo alle coppie omosessuali "...tuttavia... si lascia decidere alla legislazione nazionale dello Stato contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale... A tale riguardo la Corte osserva che il matrimonio ha connotazioni sociali e culturali radicate che possono differire molto da una società all'altra. La Corte ribadisce di non doversi spingere a sostituire l'opinione delle autorità nazionali con la propria, dato che esse si trovano in una posizione migliore per valutare e rispondere alle esigenze della società⁸¹".

Quindi, la Corte di Strasburgo non afferma, allora come oggi, un diritto assoluto ad adottare in capo agli omosessuali ma vieta, allora come oggi, una discriminazione fondata sulle mere scelte sessuali.

A tal proposito non appare un fuor d'opera porre l'accento, sebbene con la necessaria brevità, sul principio di non discriminazione, che rappresenta una specificazione del più ampio principio di uguaglianza ed è richiamato sia nell'art. 14 CEDU⁸² sia nell'art. 21 della Carta di Nizza. La sua applicazione postula che laddove si trattino situazioni simili, al pari simile deve essere il relativo trattamento giuridico. Al contrario, laddove ci si trovi di fronte a situazioni dissimili, differente dovrà esserne il trattamento. Se situazioni simili vengono disciplinate in modo differente o fattispecie differenti sono trattati in maniera simile, allora si avrà la lesione del principio di non discriminazione. L'unica eccezione che consente la deroga del principio in esame è rappresentata dalla presenza di ragionevoli ed oggettivi motivi.

La trattazione è ora matura per vedere quale sia la disciplina in Italia. La materia trova la propria disciplina nella legge sulle adozioni, L. n. 184/1983 e ss. modifiche.

⁸¹ Corte EDU, dec. 24/06/2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, ricorso n. 30141/04

⁸² L'art. 14 CEDU così sancisce: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione". In merito alla portata di questo articolo, si possono leggere i seguenti contributi: S. LIVINGSTONE, "Article 14 and The Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights", in *European Human Rights Law*, 1997, pagg. 25 e ss.; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla CEDU*, Cedam, 2001. pagg. 408/409 e ss.

La normativa in parola e, precisamente, l'art. 6 della L. 184/'86⁸³ stabilisce che la richiesta ad adottare può essere effettuata da una coppia coniugata almeno da tre anni oppure coniugata da tempo inferiore a 3 anni se si dimostra l'esistenza di una convivenza *more uxorio* stabile e continuativa pari a 3 anni, nel periodo immediatamente antecedente al matrimonio. Del pari: non deve esserci stata alcuna separazione, neppure di fatto, tra i coniugi negli ultimi 3 anni.

Inoltre, esiste il requisito dell'età: tra i genitori adottivi ed il minore deve esistere una differenza di età che va dal minimo, 18 anni, al massimo, 45 anni. E' ammessa comunque l'adozione se uno solo dei due coniugi supera il massimo della differenza di età suddetta, nel limite di 10 anni in più, oppure se esiste il pericolo di grave danno del minore.

Ma rimane circostanza ferma ed imprescindibile che si tratti di coppia che risulti unita in matrimonio⁸⁴ al momento della richiesta. Dunque: atteso che in Italia la adozione è

⁸³ L'art. 6, titolo II, capo I della L. n. 184/1983 così dispone: "**1.** L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto. **2.** I coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare. **3.** L'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando. **4.** Il requisito della stabilità del rapporto di cui al comma 1 può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto. **5.** I limiti di cui al comma 3 possono essere derogati, qualora il tribunale per i minorenni accerti che dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore. **6.** Non è preclusa l'adozione quando il limite massimo di età degli adottanti sia superato da uno solo di essi in misura non superiore a dieci anni, ovvero quando essi siano genitori di figli naturali o adottivi dei quali almeno uno sia in età minore, ovvero quando l'adozione riguardi un fratello o una sorella del minore già dagli stessi adottato. **7.** Ai medesimi coniugi sono consentite più adozioni anche con atti successivi e costituisce criterio preferenziale ai fini dell'adozione l'aver già adottato un fratello dell'adottando o il fare richiesta di adottare più fratelli, ovvero la disponibilità dichiarata all'adozione di minori che si trovino nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate. **8.** Nel caso di adozione dei minori di età superiore a dodici anni o con handicap accertato ai sensi dell'articolo 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, lo Stato, le regioni e gli enti locali possono intervenire, nell'ambito delle proprie competenze e nei limiti delle disponibilità finanziarie dei rispettivi bilanci, con specifiche misure di carattere economico, eventualmente anche mediante misure di sostegno alla formazione e all'inserimento sociale, fino all'età di diciotto anni degli adottati..."

⁸⁴ ricordiamo le uniche eccezioni al principio suddetto (art. 44, L. n. 184/1983 e ss. mod.): 1) se gli adottandi sono parenti del minore orfano di padre e di madre fino al sesto grado o sono ad esso uniti

consentita solo alle coppie sposate, in considerazione altresì del fatto che attualmente non esiste una disposizione che consenta alle persone dello stesso di contrarre matrimonio, ne discende che non sussiste alcuna discriminazione. Infine, i coniugi debbono avere il giudizio di idoneità da parte del giudice: una idoneità a crescere ed istruire l'adottando, sia dal punto di vista morale che materiale.

A quanto detto, poi, va aggiunto che in alcune ipotesi, oltre alla normativa italiana, si deve tenere in considerazione anche la normativa del Paese cui appartiene l'adottato che potrebbe anche vietare l'adozione del minore alle coppie non unite in matrimonio e/o ai *single*: ciò accade in tutti i casi di adozione internazionale.

6. IL RICONOSCIMENTO DELLE UNIONI DI FATTO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO: L'INSOLUTO CONTRASTO TRA DIRITTO E SCIENZA.

La questione relativa alla tutela delle unioni *di fatto* tra coppie dello stesso sesso rappresenta, come peraltro emerge dalla lettura del presente lavoro, un terreno tutt'altro che agevole su cui orientarsi, specialmente dopo il recente intervento della Suprema Corte di Cassazione.

Il giurista, tuttavia, non si può esimere da uno sguardo d'insieme su come la scienza consideri il fenomeno di cui ci si sta occupando. Onde evitare di appesantire eccessivamente la trattazione, si limiterà l'analisi alla biologia, con la precipua finalità di cogliere la interazione tra quest'ultima ed il diritto.

La questione che si intende affrontare in tale sede riguarda anzitutto la nozione di famiglia in senso biologico, con la precipua finalità di metterla in relazione con quella elaborata dal diritto e, specialmente, dalla Costituzione.

Ma procediamo con ordine, principiando la disamina dalla nozione biologica di famiglia. Precisamente, occorre anzitutto distinguere tra la sistematica animale e la sistematica botanica.

Secondo la **sistematica animale** (zoologia, che è una branca della biologia) la *famiglia* rappresenta una *unita' monofiletica*, cioè composta da uno o più generi tra loro affini e aventi un antenato comune; nella gerarchia delle categorie sistematiche è quindi compresa tra il genere e l'ordine che, a sua volta, è formato da una o più famiglie. La

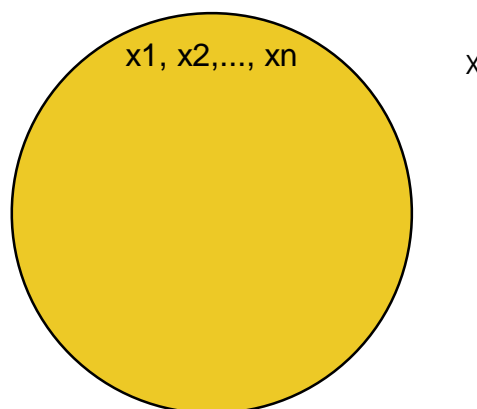
da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori; 2) se è un coniuge che adotta il figlio, anche adottivo, dell'altro coniuge; 3) se il minore è portatore di handicap ed orfano di entrambi i genitori; 4) nelle ipotesi in cui non sia possibile l'affidamento preadottivo

famiglia può, infine, suddividersi in sottofamiglie che comprendono gruppi omogenei di generi (LA GRECA).

Nella **sistematica vegetale** (detta botanica) la famiglia è intesa come una *categoria tassonomica comprendente un insieme di generi aventi in comune più caratteri importanti*. È una unità intermedia tra il genere e l'ordine. Tra i caratteri più comunemente presi in considerazione per stabilire le famiglie, si ricorda: numero, forma e disposizione delle parti del fiore; tipo di infiorescenza; tipo di frutto; presenza di canali laticiferi, di cellule oleifere, di peli di forma particolare; tipo e disposizione delle foglie e numerose altre caratteristiche morfologiche, anatomiche e talora anche fisiologiche. Naturalmente non tutti i caratteri hanno lo stesso valore (PERYONEL).

Tirando le fila del discorso, da un punto di vista biologico la famiglia non è intesa come una unione tra due o più soggetti, bensì, in un'ottica classificatoria, come pluralità di raggruppamenti di generi affini. Esemplicando, la famiglia X si compone dei generi x_1, x_2, \dots, x_n .

Da un punto di vista grafico, la famiglia nella accezione biologica può essere così rappresentata:



Acclarato che la scienza non conosce una nozione biologica di famiglia, si può procedere a valutare se ed in che termini la biologia si occupi delle unioni omosessuali. Una premessa metodologica appare tuttavia preliminare rispetto alla analisi che seguirà. In tale sede, precisamente, non si intende indagare quali siano le **cause** della omosessualità: ciò non è compito del giurista, giacché il diritto si disinteressa degli atteggiamenti interiori; bensì ci si propone di individuare se in natura sussistano unioni dello stesso sesso.

Per lungo tempo la biologia non si è occupata dei comportamenti omosessuali delle specie animali, in quanto fenomeni sporadici e giudicati agevolmente spiegabili dal punto di vista scientifico. Così, a titolo esemplificativo, secondo Bailey, i moscerini della frutta (*Drosophila*

melanogaster), potrebbero corteggiare altri maschi perché hanno perso il gene che permette di distinguere il sesso dei loro simili.

Tuttavia, tale tecnica di approccio è stata considerata riduttiva. Lo stesso Bailey, infatti, ha messo in evidenza che il comportamento omosessuale dei moscerini della frutta risulta essere molto diverso da quello praticato tra i delfini dal naso a bottiglia (*Tursiops truncatus*), che hanno interazioni tra individui dello stesso sesso per facilitare la coalizione del branco, oppure le femmine dell'albatro di Laysan (*Phoebastria immutabilis*) che possono restare unite per tutta la vita e crescere la prole insieme.

Per quanto concerne, invece, la compatibilità tra comportamenti omosessuali e la teoria di Darwin sulla evoluzione della specie, è stato rilevato che una interpretazione superficiale del darwinismo finirebbe per mettere tali comportamenti in aperta contraddizione con i meccanismi della selezione naturale: accoppiarsi con individui dello stesso sesso annulla la possibilità di riprodursi e quindi di trasmettere il proprio corredo genetico alla generazione futura. Negli ultimi anni, tuttavia, sono apparsi numerosi studi che hanno dimostrato sia che i comportamenti omosessuali sono comuni anche in animali diversi dall'essere umano sia che questi comportamenti hanno dei vantaggi dal punto di vista evolutivo. Nathan Bayley e Marlene Zuck, biologi evolutivi dell'Università della California, di Riverside, hanno condotto uno studio, pubblicato su *Trends in Ecology and Evolution*, che ha messo in rassegna molte di queste ricerche dimostrando che i comportamenti omosessuali sono sia un prodotto della selezione naturale che una forza che la modella.

Dunque, semplificando concetti scientifici alquanto complessi, la omosessualità nello studio degli animali sembrerebbe rispondere a logiche strumentali alla evoluzione (il condizionale è d'obbligo giacché si tratta di teorie elaborate in via induttiva, fortemente limitate dal fatto che si fondano sullo studio di un numero ridotto di specie animali, dunque non dotate del crisma della universalità).

Quanto questo tipo di scoperte pesino nella discussione sull'omosessualità umana è ancora da capire. Molti infatti sono anche gli studi che provano un vantaggio evolutivo dell'omosessualità nell'uomo, per esempio quello di Andrea Camperio Ciani e Giovanni Zanzotto, dell'Università di Padova, e di Paolo Cermelli, dell'Università di Torino, che ha dimostrato un collegamento fra l'omosessualità dei figli maschi e una maggiore fertilità rispetto alla media delle madri di questi individui. Ma si tratta tuttavia di teorie non ancora sufficientemente provate e che non hanno ancora riscontrato il vaglio dalla comunità scientifica internazionale.

Per tale ragione, allo stato della scienza, si deve concludere che la omosessualità nel mondo umano non obbedisce a leggi scientifiche biologiche e la sua spiegazione (che, giova ribadire, non rientra tra i compiti del giurista) deve essere rinvenute in altre scienze (psichiatria, sociologia), che tuttavia non hanno il pregio di individuare la legge di natura

alla quale essa risponde. Legge di natura che, si badi bene, potrebbe o non esistere o essere ignota attualmente in quanto non si dispone degli strumenti idonei ad individuarla.

Questo il *dato orizzontale*. Esso, tuttavia, non fornisce risposte esaurienti. Infatti, l'affermazione secondo cui il fenomeno delle unioni di fatto tra coppie dello stesso sesso sia giustificata attraverso il ricorso alla teoria della evoluzione e' da un lato non dotata del crisma della certezza in quanto trattasi di teoria non sufficientemente falsificata (soprattutto per quanto concerne la specie umana), dall'altro incompleta. Con riferimento a quest'ultimo punto, e' necessaria una analisi statistica del fenomeno che permetta di valutarne il *dato verticale*. Infatti, laddove si riuscisse a dimostrare che, da un punto di vista statistico, la unione tra coppie omosessuali non abbia un carattere marginale, ciò permetterebbe senza dubbio di individuare una giustificazione estrinseca del fenomeno, pur nella deficienza di una legge scientifica (*rectius* biologica) atta a fornire una spiegazione.

Attualmente, non esiste in Italia una statistica ufficiale condotta dall'ISTAT relativa alle coppie omosessuali (sebbene il censimento del 2011, il cui spoglio non e' ancora avvenuto, si prefigga la finalità di stabilirne una percentuale). Per una scelta di ordine metodologico e scientifico, non essendo a conoscenza delle funzioni statistiche impiegate da organismi non governativi e da associazioni, in tale sede non si può addivenire a conclusioni certe.

Ciò che e' certo, invece, e' che nel mondo animale i rapporti omosessuali e, più in generale, le coppie omosessuali hanno carattere marginale.

Tirando le fila del discorso, dal punto di vista scientifico (e biologico e statistico) il quadro in materia di coppie omosessuali e' di grande incertezza in quanto privo di leggi di copertura che forniscano una spiegazione del fenomeno.

Vediamo a fronte di tale situazione la reazione dell'ordinamento giuridico.

Un Illustre Autore (Jemolo) ha espressivamente paragonato la famiglia ad un'isola che il mare del diritto può solo lambire ma non penetrare. La regola sta a significare che la famiglia e' un fenomeno complesso che non esprime tutta la sua realtà nella regola giuridica. Tale principio risulta espresso in maniera plastica anche nell' articolo 29 della Costituzione, il quale sancisce al primo comma che "*La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come **società naturale** fondata sul matrimonio*".

Dal punto di vista matematico, la disposizione presenta un grado massimo di purezza: famiglia = società naturale. Il matrimonio (atto e rapporto) costituisce condizione necessaria affinché dalla società naturale discendano i diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico. Detto altrimenti, per mezzo del matrimonio la società naturale diviene giuridicamente rilevante.

Ma cosa significa il sintagma società naturale?

Da un punto di vista letterale (art. 12 preleggi) con il termine società si indica "*un gruppo umano più o meno ampio e complesso, costituito al fine di sviluppare la cooperazione tra gli*

individui e caratterizzato da particolari strutture di relazioni gerarchiche" (ZINGARELLI). L'aggettivo "naturale" indica che la società nel senso teste' precisato deve essere conforme a natura, intesa come *"tutto ciò che esiste (uomini, animali, piante, cose inanimate), considerato nel suo divenire fenomenico, nelle sue leggi, nel suo ordine"* (ZINGARELLI).

I principi esposti possono essere ridotti alla seguente equazione: famiglia=società naturale=società che esiste *in rerum natura* e che obbedisce alle leggi e all'ordine naturale. Laddove, con leggi e ordine naturale non si intende far riferimento alla disciplina dettata dal diritto naturale (giusnaturalismo), ma a leggi ed ordine stabiliti dalla natura (e dalla scienza che la studia). Dunque, la società naturale e' la società *ad imitatio naturae*.

Sebbene valga il principio per cui *in claris non fit interpretatio*, occorre vedere se la interpretazione ermeneutica illustrata venga confermata dai lavoratori preparatori della Costituzione. A tal proposito emerge che in seno alla Assemblea Costituente due sono le versioni dell'articolo 29 che sono state poste in discussione.

Precisamente, una prima formulazione, corrispondente a quella odierna, recitava: *"la famiglia e' una **società naturale**..."* . La seconda, invece, sanciva che *"la famiglia e' una società **di diritto naturale**"*. La differenza tra i due articoli e' evidente. Infatti, mentre nel primo sintagma l'aggettivo naturale e' riferito al sostantivo società, nel secondo si riferisce al diritto e mette in evidenza una relazione di appartenenza della famiglia al diritto naturale, inteso in questo senso nella nota accezione giusnaturalistica.

Le ragioni per cui si e' deciso di optare per la formulazione attuale dell'articolo 29 comma 1 della Costituzione sono brillantemente esposte nell'intervento dell'On. Moro nella seduta plenaria del 15 gennaio 1947: << [...] La famiglia e' una società naturale. Che significa questa espressione? Escluso che qui naturale abbia un significato zoologico o animalesco, o accenni ad un legame puramente di fatto, non si vuol dire con questa formula che la famiglia sia una società creata al di fuori di ogni **vincolo razionale** ed etico. Non e' un fatto, la famiglia, ma e' appunto un ordinamento giuridico e **quindi qui naturale sta per razionale**. [...] Quando si afferma che la famiglia e' una società naturale, si intende qualche cosa di più dei diritti della famiglia. **Non si tratta soltanto di riconoscere i diritti naturali della famiglia, ma di riconoscere la famiglia come società naturale, la quale abbia le sue leggi e i suoi diritti di fronte ai quali lo Stato, nella sua attività legislativa, si deve inchinare. Vi e' naturalmente un potere legiferante dello Stato che opera anche in materia familiare; ma questo potere ha un limite precisamente in questa natura sociale e naturale della famiglia**>>.

Il testo e' denso di concetti, ragion per cui si procederà ad una loro attenta esplicitazione. Anzitutto, affermare che l'aggettivo naturale sta per razionale, implica che la famiglia e' disciplinata da leggi altamente razionali, le quali sono evidentemente mutuate non solo dalla società pregiuridica, ma dalla stessa natura, la quale si regge su rigorose leggi di copertura di stretta derivazione scientifica. La conferma di tale impostazione discende

proprio dalla affermazione per cui l'attività del legislatore che si estrinseca nel potere di legislazione incontra dei limiti intrinseci derivanti dalla *natura sociale e naturale della famiglia*. Dunque, la famiglia, prima che dal diritto, e' disciplinata da rigorose leggi razionali (*rectius* naturali) e sociali. Ecco spiegata la affermazione ricorrente in dottrina per cui la società familiare rappresenta in senso figurato un'isola che il mare del diritto può solo lambire ma non penetrare, con la conseguenza che il legislatore non può manipolare, distorcendole, categorie scientifiche e sociali che si sono plasmate nel corso dei secoli.

Tirando le fila del discorso, può pervenirsi alle seguenti conclusioni, con una dovuta precisazione. In tale sede il panorama normativo transnazionale, già analizzato nei precedenti paragrafi, non verrà preso in considerazione: infatti, l'art. 29 della Costituzione rappresenta una delle disposizioni che delineano il nocciolo duro dei principi e dei diritti costituzionali fondamentali, ratio per cui sul punto viene in rilievo la teoria dei controlimiti elaborata dalla Corte Costituzionale, con la conseguenza che la disciplina del matrimonio, come peraltro più volte ribadito dalle Corti europee, e' di competenza esclusiva del legislatore nazionale.

Ciò precisato, da quanto detto finora emerge che la nozione di famiglia, che si fonda sul matrimonio, deve essere individuata attraverso il ricorso a leggi sociali e leggi naturali (non, si badi bene, di diritto naturale, concetto che pertiene al giusnaturalismo). Dunque, per quanto concerne le unioni di fatto tra coppie dello stesso sesso, se esse corrispondono a leggi sociali che si stanno progressivamente affermando (ma che non sono ancora cristallizzate), non trovano spiegazione in leggi razionali, meglio in leggi naturali attualmente note (v. *supra*). Per tali ragioni il legislatore ha preferito ritenere tali unioni irrilevanti.

Tuttavia, l'irrelevanza è una categoria effettuale, non una qualificazione e deve necessariamente tradursi in inesistenza o nullità.

Nella fattispecie, le unioni in questione sono inesistenti per il diritto per le ragioni già addotte: alla inesistenza consegue la inefficacia. Parlare di inefficacia - come fa la prima sezione della Corte di Cassazione nella sentenza numero 4184/2012 - non consente di comprendere la qualificazione delle unioni tra coppie dello stesso sesso: qualificazione che coincide con la inesistenza giuridica, con la conseguenza che scindere inefficacia da inesistenza e' una operazione non consentita nemmeno ricorrendo alle fonti europee, vigendo in tale materia la teoria dei controlimiti.



A lezione di... diritto penale

Materialità ed offensività: i reati in tema di ingresso illegale nel territorio dello Stato ed in materia di stupefacenti

A cura di

Samantha Mendicino (introduzione), Danila D'Alessandro (paragrafo 1),

Barbara Carrara (paragrafo 2), Claudia Maria Ardita (paragrafo 3)

Direzione e coordinamento: Samantha Mendicino

**) Introduzione; I) Il principio di materialità: inquadramento generale;
II) Il principio di offensività: inquadramento generale ed i suoi
rapporti col principio di materialità; III) Il reato di ingresso e soggiorno
illegale nel territorio dello stato dell'extracomunitario e le querelle
sull'aggravante dell'ingresso illegale*

INTRODUZIONE

La rubrica di penale, questo mese, si occuperà di due tra i principi cardini dell'ordinamento giuspenalistico: la materialità e l'offensività. Tuttavia, si invita il lettore a non considerare banale o monotona la presente trattazione sul semplice presupposto (o preconchetto) dell'analisi di "elementari" argomenti della materia penale: in realtà, da subito si potrà notare che lo studio approfondito di questi due principi (effettuato mediante articoli di diritto tutt'altro che banali) è fondamentale per poter meglio comprendere alcuni aspetti e/o vicende di spinosa attualità.

L'approfondimento dei suddetti principi, aiuterà il lettore ad intendere in modo più semplice l'intero mondo giuridico che ruota attorno ai reati legati all'immigrazione clandestina.

Rammentiamo, brevemente, che la sorte degli stranieri introdotti nel nostro Paese in assenza di un regolare visto di ingresso (i cd. **stranieri clandestini**) e/o di un legittimo permesso di soggiorno (i cd. **stranieri irregolari**), è per legge quella della espulsione e/o dell'accompagnamento coattivo alla frontiera.

Le uniche eccezioni che comportano l'impossibilità di espulsione immediata per gli stranieri clandestini sono rappresentate da ipotesi marginali come, ad esempio, dalla necessità di prestare loro soccorso oppure di dover compiere accertamenti in ordine alla loro identità e/o appartenenza nazionale. Non si deve dimenticare che in Italia, proprio a tal fine, sono stati istituiti sin dal 1998⁸⁵ i cd. **CIE, cioè centri di identificazione e di espulsione**.

⁸⁵ I C.I.E sono stati istituiti nell'anno 2008 sebbene con una denominazione differente, atteso che all'epoca si chiamavano "centri di permanenza temporanea e di assistenza". Oggi sono previsti dall'art. 14 del **Testo Unico sull'immigrazione, D. Lgs. n. 286/1998**, così per come modificato dall'art. 12 della L. n. 189/2002, cd. Legge Bossi-Fini. Il predetto articolo è del seguente tenore: "**1.** Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento, perché occorre procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza temporanea e assistenza più vicino, tra quelli individuati o costituiti con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri per la solidarietà sociale e del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. **2.** Lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità. Oltre a quanto previsto dall'articolo 2, comma 6, è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno. **3.** Il questore del luogo in cui si trova il centro trasmette copia degli atti al pretore, senza ritardo e comunque entro le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento. **4.** Il pretore, ove ritenga sussistenti i presupposti di cui all'articolo 13 e al presente articolo, convalida il provvedimento del questore nei modi di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile, sentito l'interessato. Il provvedimento cessa di avere ogni effetto qualora non sia convalidato nelle quarantotto ore successive. Entro tale termine, la convalida può essere disposta anche in sede di esame del ricorso avverso il provvedimento di espulsione.

L'intera materia legata ai reati di immigrazione clandestina sarà affrontata anche alla luce delle recenti pronunce gemelle della Corte Costituzionale che hanno precisato la posizione della Suprema Corte in ordine alla aggravante comune della immissione nel territorio italiano in "clandestinità".

Per come si vedrà la Corte Costituzionale ribadirà, ancora una volta, che *"i diritti inviolabili ... spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani... La condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata - per quanto riguarda la tutela di tali diritti - come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato... Sulla scorta dei principi sinora ricordati, si deve riconoscere che l'aggravante" - di clandestinità - "non rientra nella logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati"*.

Ma non finisce qui: da questo mese, difatti, prende il via **lo speciale Focus sul diritto di asilo**, diviso in capitoli mensili: *" lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge"* (art. 10 Cost.). A pag. 169 il 1° appuntamento: *"Il diritto di asilo alla luce del diritto comunitario – la normativa italiana: procedura amministrativa e giurisdizionale"* a cura di Giselda Stella.

5. La convalida comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi venti giorni. Su richiesta del questore, il pretore può prorogare il termine sino a un massimo di ulteriori dieci giorni, qualora sia imminente l'eliminazione dell'impedimento all'espulsione o al respingimento. Anche prima di tale termine, il questore esegue l'espulsione o il respingimento non appena è possibile, dandone comunicazione senza ritardo al pretore. **6.** Contro i decreti di convalida e di proroga di cui al comma 5 è proponibile ricorso per cassazione. Il relativo ricorso non sospende l'esecuzione della misura. **7.** Il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura nel caso questa venga violata. **8.** Ai fini dell'accompagnamento anche collettivo alla frontiera, possono essere stipulate convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri. **9.** Oltre a quanto previsto dal regolamento di attuazione e dalle norme in materia di giurisdizione, il Ministro dell'interno adotta i provvedimenti occorrenti per l'esecuzione di quanto disposto dal presente articolo, anche mediante convenzioni con altre amministrazioni dello Stato, con gli enti locali, con i proprietari o concessionari di aree, strutture e altre installazioni, nonché per la fornitura di beni e servizi. Eventuali deroghe alle disposizioni vigenti in materia finanziaria e di contabilità sono adottate di concerto con il Ministro del tesoro del bilancio e della programmazione economica. Il Ministro dell'interno promuove inoltre le intese occorrenti per gli interventi di competenza di altri Ministri."

I. IL PRINCIPIO DI MATERIALITÀ: INQUADRAMENTO GENERALE

Ogni reato nell'ordinamento giuridico italiano ha una propria specificità, ma se è vero che nessun reato è uguale all'altro, è pur vero che tutti presentano nel loro DNA due requisiti fondamentali:

- **Il principio di materialità;**
- **Il principio di offensività.**

Il principio di materialità si esprime nel brocardo latino "*nullum crimen sine actione*" (non può aversi nessun reato senza l'azione). In particolare, questo principio afferma la necessità che il fatto costitutivo di reato sia una condotta, un'azione o un'omissione realizzata dall'uomo, che si manifesti all'esterno con un minimum di corporeità non potendosi punire la mera volontà colpevole. Perciò ogni reato, per considerarsi tale, deve avere riscontri esterni oggettivi.

Secondo tale principio non può esservi reato se la volontà criminosa non si materializza in un comportamento esteriore, suscettibile di percezione sensoria. Ne consegue il divieto di considerare reato gli atteggiamenti volontari meramente interni e le intenzioni meramente dichiarate (es. un proposito omicida che non si traduca in atti idonei a uccidere), nonché i modi di essere della persona (es. una mera predisposizione caratteriale). Questa fattispecie esige, quindi, la qualificazione come illeciti penali solo di comportamenti verificabili e suscettibili di prova in concreto nel processo, escludendo in una prospettiva liberale, la rilevanza di atteggiamenti emotivi o psicologici (F. Mantovani, D.Penale, Cedam, 2002, IV Ed.). L'ordinamento penale italiano, infatti, consente la punibilità, mediante sanzioni penali, dei soli comportamenti lesivi di valori riconosciuti, esplicitamente o implicitamente, dalla Costituzione, o comunque non incompatibili con la Costituzione stessa (Mantovani).

Il principio di materialità è strettamente connesso al principio di offensività, anzi è il suo stesso presupposto. In effetti, una condotta potrà essere offensiva solo nel caso in cui non si rilevi come una mera intenzione, ma si concretizzi a livello materiale in una condotta. La lesione o la messa in pericolo, devono, perciò, risultare per il diritto penale. Però, vi sono casi in cui effettivamente la condotta integra, un reato descritto da una norma di legge, ma la giurisprudenza lo considera tamquam non esset, poiché non raggiunge un livello rilevante di offesa al bene tutelato dalla norma. In tal caso, la dottrina afferma l'esistenza del principio di offensività, nell'art. 49 del c.p., 2°co. (reato impossibile), in cui non è punibile un soggetto quando risulta che la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico tutelato è impossibile a causa dell'inidoneità della condotta a produrle, o a causa dell'assenza dell'oggetto materiale del reato.

Con il principio di materialità del fatto possono essere sanzionate penalmente soltanto le condotte che si manifestino nel mondo esterno, pregiudicando un interesse individuale o collettivo giuridicamente rilevante (Fiorella). In tal modo, è esclusa la possibilità di punire gli atteggiamenti interni che non si concretizzano in condotte esteriori.

Questo principio, per alcuni studiosi, si ricava dalla Costituzione, in particolare dal **principio di laicità dello Stato**, che impone di valutare diversamente il reato dal peccato. Pertanto, se si punisse colui che desidera la donna d'altri (l'es. di Cadoppi-Veneziani), sarebbe violato il principio di materialità, poiché il pensiero riguarda la coscienza del soggetto e non si traduce in un comportamento esteriore; tale condotta è considerata come peccato, e tuttavia non assume rilevanza penale. Nel nostro ordinamento, perciò, occorre tenere distinti i due poli del reato e del peccato, della materialità della condotta (ossia, il suo manifestarsi all'esterno) e della soggettività o interiorità, che non può essere sottoposta ad alcun controllo penale.

Il principio di materialità, dunque, impone che il fatto di reato abbia riscontri esterni oggettivi. Ciò comporta la non punibilità delle intenzioni e delle qualità personali. La Corte Costituzionale con le sentenze n. 354 del 2002 e n. 48 del 1994 ha affrontato proprio il tema della non punibilità delle qualità personali. In particolare la pronuncia n. 354 del 2002 si è occupata della legittimità costituzionale dell'art. 688 del c.p., 2°co., che prevedeva la punibilità di una fattispecie altrimenti penalmente irrilevante come lo stato di manifesta ubriachezza in luogo pubblico o aperto al pubblico, solo in **concomitanza con la situazione personale** di chi avesse riportato una condanna per un **delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale**. La Consulta, nella logica del rispetto del principio di materialità, ha affermato, quindi, l'illegittimità costituzionale dell'art. 688 del c.p. 2° comma. In effetti, a seguito della depenalizzazione (con la L. n. 205/1999) del reato previsto dal 1° co. dell'art. 688 del c.p., era rimasto in vigore il 2° co., per il quale incorreva nel reato di ubriachezza soltanto chi in passato avesse riportato determinate condanne; chi, invece, non aveva subito tali condanne, rispondeva per quel medesimo comportamento soltanto a titolo di illecito amministrativo.

L'aver riportato una precedente condanna, pur essendo evenienza del tutto estranea al fatto-reato, rendeva punibile una condotta che, se posta in essere da qualsiasi altro soggetto, non assumeva alcun disvalore sul piano penale. La precedente condanna assumeva le fattezze di un marchio, nulla il condannato poteva fare per cancellare e ciò portava a qualificare una condotta come un illecito penale diversamente dai soggetti alla prima condanna. La norma, pertanto, puniva non tanto l'ubriachezza in sé, quanto una qualità personale del soggetto (condannato per determinati delitti), ed è stata, perciò, dichiarata incostituzionale.

Appartiene, invece, al novero delle norme espressive del principio di materialità anche l'**art. 115 del c.p.**, che prevede la non punibilità dell'accordo per commettere reato se, poi, il reato non è commesso, salva l'applicazione di una misura di sicurezza, nonché l'**art. 49 c.p., 1° co.** che prevede la non punibilità dell'erronea supposizione di delinquere.

Inoltre, tale principio richiama anche il brocardo cogitationis poenam nemo patitur. In effetti, la minaccia della pena serve anche come strumento di controllo sociale in un ordinamento liberaldemocratico, in cui tale controllo è esercitato solo sulle condotte umane, perché soltanto esse possono compromettere la convivenza civile in una società.

Perciò, la materialità nel diritto penale svolge una prima ed essenziale funzione di delimitazione dell'illecito penale, con il triplice conseguente divieto di considerare reato:

- Un atteggiamento volontario meramente interno;
- Un'intenzione meramente dichiarata, dovendo questa materializzarsi nella realtà naturalistica e sociale;
- Un modo di essere della persona, sia esso consistente in un carattere del soggetto o, segnatamente, in uno stato di pericolosità sociale.

Per l'applicazione di questo principio, l'offesa deve consistere, quindi, nella **lesione** o nella **messa in pericolo** del bene giuridico protetto dalla norma penale. La lesione deve essere **un danno effettivo**, consistente nella distruzione (ad es., della "vita" nell'omicidio), nella diminuzione (ad es., dell'integrità fisica nella lesione personale) o nella perdita del bene (la perdita della cosa nel furto). La messa in pericolo, invece, consiste in un **danno potenziale** del bene, che viene soltanto minacciato (ad es., l'incolumità pubblica nel reato di incendio) (F. Mantovani, Diritto penale, Cedam).

Il principio di materialità trova riscontro, inoltre, nella Carta Costituzionale, **nell'art. 25 della Cost.**, che con l'uso della locuzione "**fatto commesso**" lascia chiaramente intendere l'esclusione dall'area del penalmente rilevante di quei fatti che, esaurendosi nella sfera psichica dell'autore, non trovano una concreta estrinsecazione nella realtà esterna. Il diritto penale, dunque, si fonda sulla materialità del fatto, che può manifestarsi nell'estrinsecazione minima dell'inizio dell'azione penalmente rilevante, a quella intermedia della realizzazione dell'intera azione, fino all'estrinsecazione massima della realizzazione dell'evento materiale. Il fatto di reato, in armonia con l'enunciato principio di materialità, deve necessariamente consistere di un **elemento oggettivo (materiale)** distinto dall'elemento psicologico. Perciò l'elemento oggettivo coinvolge necessariamente la **condotta**, nonché, ove richiesto, **l'evento** ed il **nesso di causalità** tra condotta ed evento.

Sotto il profilo definitorio la condotta penalmente rilevante è quella **conforme al fatto tipico** descritto dalla norma penale. Con la condotta si indica il comportamento del soggetto che pone in essere un crimine e che è considerato tipico della norma per la realizzazione della fattispecie penale. Per il diritto penale la condotta non può esaurirsi in un mero movimento corporeo, ma è necessario che questo sia correlato e valutato anche alla luce della psiche e della consapevolezza dell'agire del reo.

A tal fine il concetto di condotta è stato più volte definito dalla dottrina, che ha tentato di individuare una nozione penalmente rilevante **non formale e pregiudiziale** allo scopo di isolare, a priori, le condotte penalmente irrilevanti.

Per una prima visione dottrinale, dunque, la condotta sarebbe un **movimento corporeo cagionato dalla volontà**. Questa tesi, se si rivela idonea a ricomprendere nel suo ambito d'applicazione, i reati dolosi e colposi d'azione, è, tuttavia, **carente** con riferimento ai **reati omissivi** laddove può anche mancare un concreto movimento corporeo.

Secondo un altro orientamento, la condotta consisterebbe in un'**attività finalisticamente diretta** alla realizzazione di un evento tipico. Tale tesi, se è idonea, invece, a ricomprendere nel suo ambito i reati dolosi di azione, secondo autorevole dottrina, **non sarebbe idonea** a giustificare la punibilità dei **reati colposi e dei reati omissivi** laddove difetterebbe un'attività finalisticamente diretta alla realizzazione dell'evento tipico. I fautori della concezione finalistica elaborano, con riferimento ai reati colposi ed ai reati omissivi, la figura della **condotta potenzialmente finalistica** e, cioè, della condotta possibile conforme alle regole della diligenza (nei reati colposi) e di quella **capace di evitare l'evento** (nei reati omissivi).

Tali definizioni non sono, però, comprensive di tutti i possibili moduli di comportamento e si riferiscono unicamente ad una condotta intenzionalmente cagionata, ossia dolosa, ed estrinsecantesi in un'attività positiva del soggetto. Per comprendere anche i comportamenti colposi e quelli negativi, c'è chi ha definito **la condotta come ogni comportamento socialmente rilevante, non evitare l'evitabile, ossia un'omissione**. Invece, la condotta attiva e la condotta dolosa sono concetti naturalistici, la condotta omissiva e quella colposa sono concetti normativi, essendo pensabili solo presupponendo, la prima, una norma impositiva dell'agire, la seconda, una norma cautelare.

In riferimento al principio di materialità ed alla condotta, una prima distinzione generale è quella realizzata tra i **reati di azione ed i reati omissivi**; i primi consistono in un **movimento corporeo** atto ad offendere l'interesse protetto dalla norma penale, i secondi consistono, invece, nell'**omissione del comportamento doveroso possibile** imposto dalla norma penale al ricorrere di determinati presupposti.

Con riferimento ai reati d'azione, un problema rilevante è quello di stabilire, ove più movimenti corporei della medesima persona offendano il medesimo interesse protetto dalla norma penale, se ci si trovi di fronte ad **un unico fatto penalmente rilevante o di fronte ad una pluralità di reati**. In tal caso, l'elemento determinante a fini discretivi è quello di valutare la sussistenza o meno della **contestualità** tra le varie azioni; ove vi sia contestualità, infatti, l'azione penalmente rilevante sarà unica, ove, invece, vi sia interruzione tra i vari movimenti corporei offensivi dell'interesse protetto, ci si troverà di fronte ad una pluralità di reati.

In applicazione del principio di materialità e alla luce del profilo dell'offesa, dunque, è possibile operare anche un'ulteriore distinzione dei reati in due categorie: **i reati di danno, i reati di pericolo**.

I reati di danno si realizzano con la lesione del bene tutelato (ad es., il reato di omicidio determina la lesione del bene "vita"; il reato di percosse comporta la lesione del bene "integrità fisica"), invece in **quelli di pericolo**, la condotta del soggetto crea soltanto un **rischio di lesione** del bene tutelato dalla norma penale, esponendolo a pericolo senza arrecare danno alcuno. In questi tipi di reato, la messa in pericolo del bene è punita come reato autonomo e non a titolo di tentativo. Nell'ipotesi sopra citata dobbiamo far riferimento alle nozioni di "pericolo concreto" e "pericolo presunto". A questo proposito, appare opportuno precisare che i reati di pericolo possono essere suddivisi nel seguente modo (F. Mantovani):

- **reati di pericolo concreto**, nei quali il pericolo di lesione del bene protetto deve sussistere effettivamente, e il giudice è tenuto ad accertarlo: si pensi, ad esempio, all'incendio di cosa, al reato di strage (art. 422 c.p.), al pericolo di disastro ferroviario causato da danneggiamento (art. 431 c.p.). I reati di pericolo concreto si suddividono a loro volta in **reati di pericolo diretto**, nei quali si sanziona il provocato **pericolo di lesione del bene giuridico**: è il caso dell'art. 433 c.p. in tema di attentati alla sicurezza degli impianti di energia elettrica e del gas ovvero delle pubbliche comunicazioni, e **i reati di pericolo indiretto**, con i quali il legislatore punisce il *pericolo di un evento pericoloso* per il bene protetto (ad es. danneggiamento seguito da un incendio ex art. 424 c.p.);
- **reati di pericolo astratto**, nei quali il pericolo è implicito, per comune esperienza, nella condotta stessa. Il giudice, in questa fattispecie, dovrà limitarsi a verificare la corrispondenza del comportamento tenuto dal soggetto al reato così come descritto dalla norma penale incriminatrice. A differenza dei reati di pericolo concreto, nei reati di pericolo astratto non è possibile, al momento della condotta, accertare l'esistenza o meno delle condizioni necessarie per il verificarsi dell'evento lesivo. Si pensi al sorpasso su dosso e in curva (ipotesi, peraltro, decriminalizzata). In tal caso,

non è possibile sapere se provenga un veicolo in senso opposto o se il veicolo che precede freni di colpo;

- **reati di pericolo presunto**, nei quali il pericolo non è implicito nella stessa condotta e, pur essendo possibile controllare l'esistenza o meno delle condizioni necessarie per il verificarsi dell'evento lesivo, il legislatore introduce una presunzione assoluta (*iuris et de iure*) che rende irrilevante la prova volta a dimostrare che in concreto il pericolo non ricorre. Il caso tipico è quello del delitto di incendio ex art. 423, 1° comma, c.p., che sussiste anche se provocato in un luogo deserto o adottando tutte le cautele necessarie per evitare danni a terzi.

I reati di pericolo astratto o presunto sono stati oggetto di contestazioni da gran parte della dottrina, poiché, si afferma che la condotta vietata dalla norma che prevede un tale reato può essere, nel caso concreto, inoffensiva, ossia non pericolosa. In tale ipotesi, ciò che si punisce non è l'esposizione a pericolo dell'interesse protetto dalla norma, ma la semplice violazione della norma stessa, in netto contrasto con il principio di offensività e il principio di materialità che escludono la presenza di fattispecie di reato in presenza di comportamenti inidonei a cagionare un'offesa del bene protetto neanche sotto forma di esposizione a pericolo. Ne deriva, pertanto, che i reati di pericolo presunto andrebbero riformati alla luce dei principi costituzionali, in quanto, con essi, il legislatore disattende il principio di offensività, comprensivo della lesione e dell'effettiva messa in pericolo del bene protetto.

Un'altra particolare categoria di reati pericolo è rappresentata dai cd. reati di sospetto, nei quali il comportamento punito dalla norma penale non è immediatamente lesivo di un bene giuridico, ma lascia presumere l'avvenuta commissione di un reato o il verificarsi, in futuro, di un evento lesivo più grave. Si tratta, in altri termini, di reati consistenti in comportamenti, di per sé né lesivi né pericolosi di alcun interesse, ma che lasciano presumere l'avvenuta commissione non accertata o la futura commissione di un reato.

Si pensi, ad esempio, al reato di **possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli**, previsto dall'art. 707 c.p. La categoria dei reati di sospetto è sempre stata oggetto di forti critiche, poiché è difficilmente compatibile con il principio di offensività. In questa prospettiva, la Corte costituzionale, con la sentenza 1-11-1996, n. 370, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 708 c.p., che sanzionava il *possesso ingiustificato di valori*. La Corte costituzionale ha affermato che tale norma conteneva un'irragionevole discriminazione nei confronti di determinati soggetti - pregiudicati per reati di varia natura o entità contro il patrimonio - colti in possesso di denaro o di oggetti di valore o di altre cose non confacenti al loro stato.

In conclusione, il principio di materialità insieme al principio di offensività fissa i limiti contenutistici per l'applicazione della sanzione penale e all'applicazione ed effettua la tipizzazione delle fattispecie penali, in una direzione che reclama l'utilizzo della pena solo in relazione ai comportamenti esteriori, connotati da un disvalore particolarmente significativo, tale da giustificare l'esigenza di applicare le sanzioni penali che comportano limitazioni delle libertà personali e la compromissione di diritti fondamentali.

Bibliografia

- MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2002.
- CARINGELLA-DELLA VALLE-DE PALMA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Dike giuridica editrice, Roma, 2009.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Zanichelli, Bologna, 2002, 443.
- BETTIOL, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1982;
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1994
- BOSCARELLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1982,

II. IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ: INQUADRAMENTO GENERALE ED I SUOI RAPPORTI COL PRINCIPIO DI MATERIALITÀ

“La legge guarda soltanto alla natura del danno, e tratta le parti come uguali; se una commette ingiustizia e l'altra la subisce, e se ha arrecato danno e l'altra l'ha ricevuto.”

Aristotele, Etica Nicomachea, V,7 (1132 a)

1. Premessa. Una pregevole e recente voce dottrinale ha definito la necessaria lesività del reato quale il fulcro del controllo contenutistico sulla fattispecie penale⁸⁶; al contempo, la medesima linea di pensiero ne ha dovuto riconoscere – a tutt'oggi – la fragilità sia nell'ambito del giudizio sul merito della incriminazione penale che nella diversa prospettiva del controllo sulle tecniche di tutela.

Appare tuttavia altrettanto carica di significato l'autorevole posizione che individua la rassicurante immanenza del principio di offensività nell'ordinamento penale come il presupposto di un certo modo di intendere il diritto penale medesimo di tradizione

⁸⁶ La posizione, estremamente suggestiva è espressa da V. Manes, “ *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*” in *Diritto Penale Contemporaneo*, <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Manes%20off%20rag.pdf>

illuministico – liberale, ad orientamento prevalentemente oggettivo, quale strumento di effettiva tutela dei beni giuridici dal fatto reato che li offende o li pone comunque in pericolo.⁸⁷

Si tratta di un principio che ha in realtà radici lontane nel tempo: quale portato del principio di necessaria materialità della condotta punibile sancito dall'art. 25 della Costituzione Repubblicana, per cui sono incriminabili esclusivamente fatti materiali posti in essere dall'uomo, il canone dell'offensività rappresenta un ulteriore passo in avanti nella delimitazione dell'illecito penale, per cui il medesimo fatto materiale deve essere offensivo di un bene giuridicamente protetto (*nullum crimen sine iniuria*).

E' grazie alla progressiva laicizzazione dello Stato - e quindi alla secolarizzazione del diritto penale - che l'elaborazione della dottrina penalistica poté pervenire ad una visione del reato e del peccato posti su due piani ben distinti, come pure distinti erano il piano del diritto e della morale; in questa rinnovata prospettiva, così come non si poteva ritenere incriminabile un comportamento interiore non esteriorizzato, in contrasto eventualmente più con la legge divina che con la norma positiva, egualmente non si riteneva possibile arrivare alla sanzione punitiva da parte dello stato in assenza di una concreta lesione ad un bene giuridicamente tutelato.

Si tratta appunto di una visione liberale dello Stato che rifiuta di porsi in posizione paternalistica e tutoria nei confronti dei consociati attraverso l'intervento penale, limitato invece alle sole violazioni dei diritti fondamentali dei cittadini stessi.

La teoria della necessaria offensività del reato trovò quindi la sua più concreta affermazione grazie agli ordinamenti liberali ottocenteschi; la dottrina germanica focalizzò il concetto liberal democratico di reato inteso quale lesione o messa in pericolo di un bene la cui garanzia è invece data dal precetto penale⁸⁸: secondo questa prospettiva il reato non è

⁸⁷ E' il pensiero di G. Fiandaca, *"L'offensività è un principio codificabile?"* in Foro It., 2001, V, 3.

⁸⁸ La concezione del reato quale violazione di un diritto soggettivo prende le mosse dal pensiero giusnaturalistico di P.J.A. von Feuerbach, mentre si deve a Johann Birnbaum l'elaborazione del reato come offesa ad un bene giuridico cui lo stato attribuisce tutela: *"bisogna considerare come delitto secondo la natura delle cose o come razionalmente punibile nello Stato ... la lesione o la messa in pericolo, imputabile alla volontà umana, di un bene che deve essere garantito a tutti in egual misura attraverso la coercizione penale."*

Di pari rilievo sono i contributi di Karl Binding, autore della teoria del bene giuridico come bene della vita umana pre- esistente alla legge positiva che delimita la tutela penale e di Franz Von Litsz, fondatore della Scuola Moderna tedesca. In Italia, di grande spessore è il pensiero del giurista Francesco Carrara, il cui Programma del corso di diritto Criminale (1859) rappresenta senz'altro uno dei primi e più importanti contributi al liberalismo penale dell'800.

pertanto inteso una semplice violazione del dovere, una disobbedienza alle norme imposte dallo Stato, bensì come una offesa ad bene giuridico: *nullum crimen sine iniuria*.⁸⁹

In Italia, la secolarizzazione del diritto penale trovò la sua affermazione nel modello liberale di stampo illuministico, che assegnava un ruolo primario alla lesione del bene giuridico e quindi all'offesa; la matrice oggettivistica è presente sia nel codice penale del 1889 che in quello successivo del 1930.

Tuttavia, a fronte delle tesi del liberalismo penale, nel contempo la Scuola positiva elaborò un modello di illecito di tipo soggettivistico – sintomatico imperniato invece sul reo piuttosto che sul reato: secondo questa corrente dottrinale il ruolo della pena nel sistema criminale è la difesa della società da persone pericolose; si ritiene che lo sviluppo della scuola Positiva nel XIX secolo trovi il suo fondamento in parte all'affermazione del metodo induttivo – sperimentale, in parte per la reazione al venir meno della difesa sociale a fronte di un rilevante aumento della criminalità⁹⁰.

2. Il diritto penale dell'offesa e l'oggetto giuridico del reato.

Il modello sintomatico di reato elaborato dalla Scuola positivista non trovò spazio nella codificazione penale italiana, poiché sia il codice del 1889 che il codice Rocco del 1930 si orientarono verso un modello di reato costruito sull'interesse giuridico leso o comunque esposto a pericolo. Anche nel codice Rocco, ove pure la pericolosità individuale ha una sua rilevanza, è stato adottato quale sintomo di pericolosità il reato inteso come offesa ad un bene giuridico.

E' proprio anzi ad Alfredo Rocco che la dottrina penale deve la prima, compiuta elaborazione del concetto di oggetto giuridico protetto dalla norma avverso le offese

⁸⁹ L'elaborazione del diritto penale del dovere, in contrapposizione al diritto penale dell'offesa, venne invece compiutamente elaborata nell'ambito culturale proprio delle forme di stato di stampo totalitario, come ad esempio il diritto penale preventivo nazionalsocialista, ove il fulcro del reato venne individuato nella violazione – od il tradimento – dei valori espressi dallo Stato, indipendentemente dalla effettiva lesione di un bene giuridico. La violazione consiste quindi in una frattura tra l'individuo che l'ha commessa e la comunità che è espressione di quei valori.

⁹⁰ Secondo il pensiero della Scuola Positiva, i cui principali esponenti furono Enrico Ferri e Filippo Grispigni, il reato è un fatto umano e sociale rivelatore di una personalità pericolosa per la società: pertanto, poco rilievo avrebbe secondo questa impostazione una organica sistemazione dei reati secondo l'oggetto, dovendo il legislatore concentrare l'attenzione sull'autore del reato e sulla sua pericolosità, secondo quindi una visione "sintomatica" del reato. Secondo il pensiero di Filippo Grispigni, se la pena deve essere utilizzata per proteggere la società da persone pericolose, la sua durata dovrebbe venire meno solo con il venir meno della pericolosità.

arrecategli dal reato.⁹¹ Il grande giurista distinse l'oggetto giuridico nelle tre ipotesi di oggetto giuridico formale, inteso come il diritto dello Stato all'osservanza dei propri precetti, oggetto giuridico sostanziale, ovvero l'interesse - sempre dello Stato - però a conservare intatte le condizioni della propria esistenza, nonché di oggetto giuridico sostanziale specifico, intendendo qui fare riferimento al bene-interesse del soggetto passivo di reato⁹² : secondo questa costruzione, quindi, viene in esame un bene pre - positivo, anteriore all'attività del legislatore penale che pertanto si limita a recepirlo e quindi non lo crea. Il bene giuridico viene così inteso come un bisogno della vita umana indispensabile per la vita in comune e - nel contempo - oggetto di apprezzamento politico del legislatore.

Secondo la moderna dottrina l'oggetto giuridico è il bene - interesse, materiale od immateriale, individuale o sovraindividuale - tutelato dalla norma ed offeso dal reato: il che significa che deve trattarsi di bene offendibile, da parte della condotta, quindi un bene suscettibile di essere leso o messo in pericolo⁹³; occorre comunque precisare che bene ed interesse sono concetti originariamente distinti che vengono usati per esprimere la medesima realtà da due differenti prospettive⁹⁴.

In merito poi al contenuto dei beni giuridici, numerose sono le opzioni dottrinali volte ad individuarne una descrizione idonea: secondo T. Padovani sono beni giuridici "i valori

⁹¹ A. Rocco. " L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena", Torino 1913, pag. 147 ss.

⁹² Estremamente critico verso questa tripartizione è F. Mantovani, che la ritiene una "inutile e pericolosa proliferazione di concetti di oggetto giuridico": in definitiva, secondo questo Autore, poiché in realtà il vero oggetto del reato è il bene che la norma tutela, l'unica definizione accettabile tra le tre proposte da A. Rocco infine è l'oggetto sostanziale specifico. F.Mantovani, *Diritto Penale, Parte generale*, pag. 211 nota 10. Padova, 1992.

⁹³ Per Marinucci - Dolcini il bene giuridico è "una situazione di fatto o giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di comportamento dell'uomo. Il legislatore non può punire nessuno "per quello che è" o per "quello che vuole", ma può punire soltanto fatti che ledano o pongano in pericolo l'integrità di un bene giuridico". L'Autore ribadisce poi il carattere storicamente condizionato del catalogo dei beni giuridici tutelati dal singolo ordinamento. Marinucci - Dolcini, op. cit. par. 3.2.

Secondo Mantovani, l'oggetto giuridico è il bene pre - esistente alla norma ed elemento costitutivo della fattispecie, esplicito od implicito, ben distinto dallo scopo della norma che è invece il fine perseguito dal legislatore con l'incriminazione del fatto. F. Mantovani, Op. cit. pag.212

⁹⁴ F. Mantovani, op.cit., pag.211: il bene indicherebbe "tutto ciò che è atto a soddisfare una esigenza umana ", mentre l'interesse rappresenterebbe la relazione tra soggetto e bene.

suscettibili di esprimere il significato e le condizioni essenziali della convivenza sociale e di attrarre il consenso sulle valutazioni espresse dal legislatore.”⁹⁵

Nella dottrina due posizioni si sono contrapposte nel tempo in merito al bene giuridico: la teoria meta – positivista, per il cui la funzione garantista del bene giuridico è data dal fatto che questo viene ritenuto pre – esistente alla norma e la diversa posizione gius - positivista, per cui l'oggetto giuridico non è pre - esistente alla norma e quindi viene creato dallo stesso legislatore; il bene giuridico, quindi, è “tutto ciò che il legislatore tutela.”

A questa diversa prospettiva deve essere aggiunta la concezione metodologica del bene giuridico elaborata da Alfredo Rocco nel 1913, per cui ogni dato pre - giuridico sarebbe estraneo alla scienza del diritto penale, che si deve occupare dello studio del diritto vigente.⁹⁶ E' evidente che in questa visuale, per cui il bene giuridico altro non è che la funzione della incriminazione, non può che venir meno ogni ruolo critico dell'oggetto giuridico attraverso la verifica della necessità della scelta penale effettuata dalla norma.

Nella prospettiva metodologica – teleologica, quindi, il bene giuridico non è un dato oggettivo pre – esistente, bensì lo scopo perseguito dalla norma. Nelle posizioni dottrinali più estreme il bene giuridico è stato infine addirittura accantonato, per lasciare spazio ad una idea di reato inteso come violazione del dovere di fedeltà nei confronti dello Stato.^{97 98}

Nel secondo dopoguerra, la dottrina penalistica italiana e tedesca ripresero e rielaborarono il concetto di bene giuridico nella sua accezione critico - garantista: la matrice e struttura autoritaria del Codice penale del Ventennio ha sollecitato gli studiosi nella ricerca di formule interpretative che ne mitigassero alcune ipotesi di reato marcatamente repressive, ed in tal

⁹⁵ T. Padovani “ L'utopia punitiva”, Milano, 1981 pag. 255; una interessante panoramica sul contenuto di bene giuridico in Canestrari - Cornacchia – De Simone, Manuale di Diritto Penale – Parte Generale 7.3, Bologna, 2008.

⁹⁶ “Accertare quale è il bene e l'interesse leso o minacciato da un dato reato significa accettare lo scopo che la legge si propone” A. Rocco, op. cit.

⁹⁷ Il riferimento è al cd .Indirizzo di Kiel, espressivo di una ideologia autoritaria di matrice nazionalsocialista, che – nel quadro complessivo del Diritto penale della volontà – riteneva il reato quale violazione del dovere di fedeltà al Führer in quanto Capo dello Stato.

⁹⁸ Secondo T. Padovani, si trattava di una concezione soggettivistica del reato, per cui questo rappresentava “l'espressione di una volontà ribelle, la manifestazione di una volontà di rottura arbitraria del vincolo di soggezione. Non conta dunque che il fatto leda o ponga in pericolo un interesse; conta che il singolo abbia comunque espresso una volontà difforme dall'obbligo di fedeltà. Una tale concezione mira essenzialmente a dilatare la sfera del penalmente rilevante, svincolandola dal limite dell'offesa ad un interesse dato, ed a stravolgere il senso del giudizio di colpevolezza che, dal fatto, viene riferito all'intera condotta di vita del soggetto”. T. Padovani, Diritto Penale, 2008, pag.80.

senso ha potuto riprendere vigore il concetto di bene giuridico come limite al potere punitivo, sia dal punto di vista della consistenza della tutela che del vincolo di tutela nei confronti del legislatore.

Il bene giuridico, quindi, venne nuovamente inteso come dato oggettivo preesistente e meta - giuridico, ricavabile da fonti meta giuridiche oppure da fonti superiori quale appunto la Carta Costituzionale.

3. Il fondamento positivo del principio di offensività e la Teoria realistica del reato.

Sin dalla metà degli anni '70, in Italia si venne affermando quella posizione dottrinale per cui non vi può essere reato in assenza di una lesione del bene giuridico che la norma tende a tutelare e per la quale il reato in quanto tale deve essere necessariamente un fatto tipico offensivo.

Questa linea di pensiero, meglio nota come concezione materiale o realistica del reato, si contrapponeva concettualmente alla posizione sostanzialista, propria dei paesi socialisti, per cui all'interprete sarebbe consentito l'uso di "canoni sociali" esterni alla fattispecie incriminatrice per giungere alla non punibilità del fatto.

La dottrina realistica rispondeva quindi alle rinnovate istanze per un diritto penale di orientamento liberal - democratico, ove il principio di necessaria lesività veniva ricompreso nell'ambito delle garanzie democratiche di uno Stato di diritto; superata una visione totalmente formalistica nella applicazione della legge penale, costruita sulla esclusiva verifica della corrispondenza del fatto concreto alla fattispecie astratta, si fece così spazio nel panorama giuridico italiano l'idea che il bene giuridico, pur acquisendo la caratteristica della giuridicità grazie alla previsione normativa che lo tutelava, rimanesse comunque un bene "reale", ossia indipendente dalla stessa tutela giuridica⁹⁹.

La ricerca di una norma giuridica di carattere generale che fornisse alla fattispecie incriminatrice il requisito della concreta offesa al bene tutelato venne individuata nell'art 49 2^a comma c.p., ove si prescrive che *"La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso."*

La lettura in senso giuridico ermeneutico del "evento dannoso" comporta che si intenda in questo senso fare riferimento esattamente all'offesa al bene giuridico: pertanto, il principio di offensività troverebbe la sua sede già nella disposizione di cui all'art. 49 2^a comma del codice penale in tema di reato impossibile, intesa così come una clausola generale, grazie alla quale comportamenti tipici ma non offensivi possono essere ritenuti non punibili.

⁹⁹ Così T. Padovani, op. cit. IV.33, pag. 83.

In sintesi, con questa corrente di pensiero si ritiene che l'illecito penale debba essere caratterizzato dalla tipicità, ossia identità formale al modello legale nonché dall'offensività, intesa come sostanziale lesione di un interesse oggetto di tutela.¹⁰⁰

La corrente dottrinale in esame attribuisce quindi al testo dell'art. 49 una funzione assolutamente più pregnante rispetto al pensiero tradizionale, per cui questa disposizione altro non sarebbe che una replica di poca utilità della norma sul tentativo prevista dall'articolo 56 c.p.; il reato impossibile, per la posizione tradizionale, altro non sarebbe che una ipotesi di tentativo inidoneo.¹⁰¹

Se ogni reato, per essere tale, deve contenere una offesa, il ruolo della norma generale inserita nell'art. 49 2^a comma c.p. verrebbe così ad essere assolutamente primario dinanzi a quelle fattispecie che ne sono prive.

La posizione dottrinale che riconosce completa autonomia al reato impossibile per inidoneità dell'azione rispetto alla previsione del tentativo di cui all'art. 56 c.p. ritiene che la valutazione sulla inidoneità dell'azione dovrà necessariamente essere effettuata secondo un giudizio ex post che tenga conto se il fatto che si è verificato ed è stato giudicato conforme alla fattispecie tipica abbia arrecato o meno l'offesa. Se in esito a questa valutazione si valuti che il fatto risulta privo di lesività non si potrà che rientrare nell'ipotesi di reato impossibile; una diversa teoria sostiene invece che l'idoneità debba essere considerata con un giudizio ex ante, secondo l'accertamento del tentativo punibile e secondo la prospettiva del titolare del bene posto in pericolo; la verifica deve essere altresì effettuata sulla base di

¹⁰⁰ Secondo A. Valente, sarebbero proprio gli art 1 c.p. e 49 c.p. a circoscrivere l'ambito del penalmente rilevante; mentre infatti grazie all'art 1 c.p. sarebbe affermato il principio di stretta legalità del reato, l'art 49 2 comma arricchirebbe il principio di selezione dei fatti punibili con la necessaria lesività. A. Valenti, op. cit. Torino., 2006, pag. 265.

¹⁰¹ Sono diverse le obiezioni mosse alla dottrina tradizionale (Antolisei) che riteneva che il reato impossibile non fosse niente di più che un tentativo inidoneo e quindi senza alcuna valenza autonoma: la prima perplessità sorgeva sul piano sistematico, poiché non si comprendeva la necessità di inserire due norme identiche, di cui una formulata in negativo sul reato impossibile ed anteposta a quella speculare formulata in negativo sul tentativo, una norma che avrebbe poi il solo scopo di applicare una misura di sicurezza; si è rilevato inoltre che mentre la dizione dell'art. 56 c.p. Parla di "atti idonei" il riferimento dell'art. 49 c.p. È all'intera azione.

L'articolo sul reato impossibile si rivolge poi a qualunque reato, mentre l'art. 56 c.p. Risulta invece essere circoscritto ai soli delitti, per cui si arriverebbe al paradosso che atti idonei diretti a commettere una contravvenzione sarebbero penalmente irrilevanti, mentre per gli atti inidonei diretti sempre a commettere un reato contravvenzionale, sanzionati dal secondo comma dell'art 49 c.p. comporterebbero l'applicazione di una misura di sicurezza.

ogni circostanza presente, indipendentemente dal momento in cui questa venga conosciuta.¹⁰²

L'impostazione realista, per quanto maggioritaria, non è andata esente da critiche: la prima obiezione levata a questa teoria è data dalla constatazione che se la necessaria offensività viene intesa come elemento costitutivo del reato, l'offesa non rinvenuta nella fattispecie legale dovrà necessariamente essere individuata dall'interprete tramite il ricorso a criteri di valutazione extra legislativi, con una inevitabile tensione fra il principio di offensività e quello di stretta legalità.

Una seconda questione, del pari rilevante, è stata rinvenuta nella cosiddetta circolarità della argomentazione: se il fatto tipico deve essere lesivo del bene giuridico, il riferimento al bene giuridico stesso si può trovare o con il bene di categoria oppure nella norma stessa, ma in questo caso l'offesa si identifica con lo scopo della norma.

Infine, si è levato un concreto rilievo alla impostazione realistica dovuto sostanzialmente alla difficoltà di ricostruire in termini di offesa una numerosa serie di ipotesi di reato che ne sono sostanzialmente privi.

Attraverso una importante evoluzione del concetto di bene giuridico l'interesse si è così spostato verso la Carta Costituzionale, rinvenendo in questa la base per una ricostruzione in senso critico della teoria del bene giuridico.

4. L'offensività come principio costituzionale

La più moderna dottrina ricomprende l'offensività nel novero di quei principi costituzionali di garanzia non espressi, bensì implicitamente desunti da argomentazioni complesse: secondo alcuni Autori, infatti, il principio in esame trova il suo fondamento nella Carta Costituzionale, e, pertanto, assume un duplice ruolo: si impone infatti sia come canone ermeneutico diretto all'interprete nella applicazione della norma penale, che non può esulare da un modello di reato che non sia inteso come offesa al bene giuridico tutelato dalla norma, sia come canone di controllo critico delle scelte di politica criminale, inteso quindi come "controllo critico sulla legislazione penale" sia sul piano della scelta dell'oggetto che delle tecniche di tutela.¹⁰³

¹⁰² La posizione giurisprudenziale in tema di reato impossibile è decisamente tradizionale, poiché si richiede che si accerti l'inedoneità dell'azione con un giudizio ex ante ed in concreto, per la verifica in merito della incapacità assoluta, intrinseca ed originaria dell'azione a causare l'evento offensivo: in tal senso., Cass. Pen. 2 sez. n. 8363 del 2.10.1985 (ud. 23.3.85); Cass. Pen. Sez. 1 19.04.1990.

¹⁰³ Si tratta di un orientamento maggioritario, cui aderiscono F.Mantovani, *Diritto penale. Parte generale* pag. 206, Padova, Marinucci - Dolcini, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 3.2, A.Valenti, *Introduzione al sistema penale vol.1 Cap. 5.*

Si consideri che l'esigenza di porre al legislatore dei criteri superiori che ne dirigano e vincolino le scelte in tema di politica criminale ha conosciuto una sensibile evoluzione negli anni settanta del secolo scorso, dopo un decennio caratterizzato da un ampio utilizzo della legislazione speciale nonché dalla affermazione di nuovi settori emergenti di criminalità¹⁰⁴.

La moderna concezione costituzionalmente orientata del principio di offensività deve molto al pensiero di F. Bricola, che a tal fine elaborò un modello di reato inteso come "fatto idoneo ad offendere un valore costituzionalmente significativo".

Il presupposto di questa impostazione teorica è dato dalla constatazione che la pena, quale sanzione che incide direttamente su un bene costituzionalmente protetto quale la libertà personale, può essere adottata dal legislatore solo per tutelare beni di pari grado, quindi beni di rilievo costituzionale. Ove al principio di offensività venga riconosciuto rango costituzionale, non solo le norme penali dovranno essere interpretate alla luce di questo principio, ma ove questo non sia possibile occorrerà invocare l'intervento della Corte Costituzionale.¹⁰⁵

Il fondamento costituzionale del principio di necessaria lesività viene individuato tramite una valutazione complessiva di altri principi costituzionali espressi, ovvero attraverso la lettura complessiva degli artt. 13, 25 e 27 della Costituzione e da cui si desume la necessità di una offesa tipica e consapevole.

In particolare, il principio si desume dall'art. 13 Cost. sulla inviolabilità personale, la cui limitazione non sarebbe concepibile senza la necessità di tutela di un bene di pari grado; dall'art. 25 comma 2 Cost., ove si specifica la nozione di fatto commesso, che ribadisce quindi il principio di materialità ed impedisce la punibilità di fatti inoffensivi ed esclusivamente sintomatici di una personalità deviante nonché dal principio del teologismo rieducativo della pena di cui all'art. 27 comma 3 Cost.; ed infine dalla lettura combinata degli artt. 25 e 27 Cost., con cui viene operata la distinzione tra pene e misure di sicurezza in base alla diversità dello scopo, per cui la punizione di un reato inoffensivo, per mera

¹⁰⁴ In tal senso, A. Valenti, Op. cit. Principi di materialità ed offensività.

¹⁰⁵ E' la stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale a specificare che "il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale («offensività in astratto»), e dell'applicazione giurisprudenziale («offensività in concreto»), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato (v. sentenze numeri 360 del 1995, 263 e 519 del 2000, ove viene appunto definita la duplice sfera di operatività, in astratto e in concreto, del principio di necessaria offensività, quale criterio di conformazione legislativa delle fattispecie incriminatrici e quale canone interpretativo per il giudice). (Corte Cost. n. 265.2005)

violazione del precetto, comporterebbe necessariamente l'applicazione di una pena con la funzione preventiva propria invece delle misure di sicurezza.

Occorre tenere tuttavia ben presente che la teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata è stata modulata secondo due prospettive; per la visione minimale o negativa, alla Carta Costituzionale è assegnato il compito di delimitare in negativo le scelte di politica criminale.

La prospettiva positiva di questa teoria vede invece il ruolo della Carta in chiave di fondamento e non di limite dell'intervento penale, poiché è la stessa Costituzione ad indicare quale sono gli oggetti meritevoli di tutela e le tecniche con cui devono essere tutelati.¹⁰⁶

Secondo questa linea di pensiero possono essere oggetto di tutela penale esclusivamente beni di rilevanza costituzionale, ovvero implicitamente od esplicitamente contemplati dalla Carta Costituzionale stessa: sono suscettibili di tutela anche i beni presupposti dalla Costituzione, con ciò intendendo quei beni che costituiscono il presupposto necessario per la tutela dei beni propriamente di rilevanza costituzionale.

Non vi è tuttavia, ad avviso di questa impostazione, obbligo di tutela penale; intendendo così chiarire che il Parlamento non è tenuto ad utilizzare lo strumento penale qualora vi sia un bene ritenuto meritevole di tutela; in generale, considerando che la tutela penale dovrebbe essere considerata una "extrema ratio", potrebbe anzi essere preferibile un tipo di tutela extra penale.¹⁰⁷

Per quanto poi concerne il profilo delle tecniche di tutela ammesse, anche in questo caso il discrimine è dato dalla concreta offensività, nelle due forme del danno e del pericolo, per cui sono esclusi gli illeciti penali senza offesa, che in una visione fondativa dovrebbero essere considerati costituzionalmente illegittimi.

Parimenti, secondo questa dottrina il legislatore dovrebbe operare le sue scelte quantitative e qualitative in tema di intervento penale sempre muovendosi sulle direttive impartite dalla Carta Costituzionale.

Sempre sulla base del principio di offensività dovrebbe poi essere operato il controllo di costituzionalità delle leggi penali e – parimenti – è in base alla concreta offensività che si dovrebbe procedere ad una interpretazione costituzionalmente orientata.

¹⁰⁶ La costruzione teorica di F. Bricola è in F. Bricola, voce Teoria generale del reato, Noviss. Dig. Vol. XIX, Torino 1973; si veda anche sul punto Canestrari, Cornacchia, De Simone, Manuale di diritto Penale-parte Generale, Offensività VII.8.

¹⁰⁷ F. Bricola, Rapporti tra dommatica e politica criminale, in Scritti di diritto penale, Vol I, t.2, p.1622.

Questa costruzione teorica ha incontrato l'opposizione di altre dottrine che ne hanno rilevato l'eccessiva rigidità¹⁰⁸; in questo senso, pur riconoscendo al principio di offensività il ruolo di direttrice fondamentale di politica criminale ¹⁰⁹ anche le posizioni maggioritarie hanno previsto che alcune deroghe al principio, potrebbero talora essere necessarie per necessità di prevenzione generale.

Per quanto poi riguarda la questione i beni giuridici rilevanti, la posizione dominante in dottrina si è orientata verso una posizione più elastica, ritenendo di poter includere nel novero dei beni meritevoli di tutela anche quei beni comunque ritenuti non incompatibili con il dettato costituzionale.

5. Alcune questioni applicative in tema di principio di offensività.

5.1 Reati di danno e reati di pericolo

Com'è noto, l'offesa al bene giuridico di cui si è visto sino ad ora può essere effettiva oppure, in una visione preventiva, solamente potenziale; l'ordinamento anticipa la tutela di alcuni interessi ritenuti particolarmente rilevanti al momento della minaccia per assicurar loro una maggior tutela.

Si distinguono così i reati di danno, che vengono ad esistenza attraverso la lesione oppure la diminuzione del bene tutelato ed i reati di pericolo, in cui è appunto sufficiente la semplice messa in pericolo che viene sanzionata autonomamente e non a titolo di tentativo.¹¹⁰

Tradizionalmente i reati di pericolo vengono distinti nelle due categorie di reati di pericolo concreto (sia esso diretto od indiretto) nei quali è rimessa al giudice la verifica circa la effettiva esistenza del pericolo, qui considerato quale elemento costitutivo espresso della fattispecie¹¹¹ e reati di pericolo astratto o presunto, ove il pericolo non è requisito espresso

¹⁰⁸ T. Padovani, op. cit. pag. 86 – 88, che fra le sue perplessità, rileva che non è incompatibile con le premesse costituzionali la previsione dei reati di scopo., che sembrano comunque legittimi ove assicurino il raggiungimento di una finalità ammessa dalla Costituzione.

Critico anche G. Fiandaca, Diritto Penale, pag. 4.

¹⁰⁹ F. Mantovani, op. cit. pag. 207.

¹¹⁰ I reati di pericolo sono una costante in tutti i codici penali: compito del diritto penale è infatti garantire non solo l'integrità dei beni, ma anche la sicurezza del loro godimento (K. Binding, 1916, 372). L'aumento di attività altamente rischiose ha necessariamente comportato il contemporaneo aumento di una normativa di settore ove viene sanzionato il rischio che il pericolo si trasformi in danno.

¹¹¹ E' il caso ad esempio del delitto di strage, previsto dall'art. 422 c.p. : Strage. 1. " *Chiunque, fuori dei casi preveduti dall'articolo 285, al fine di uccidere, compie atti tali da porre in pericolo la pubblica incolumità e' punito, se dal fatto deriva la morte di più' persone, con l'ergastolo* . 2. *Se e' cagionata la*

della fattispecie e la norma contiene la sola sanzione della condotta di cui il giudice dovrà verificare il compimento. In questa seconda tipologia non è quindi necessario il controllo della presenza effettiva della messa in pericolo di un determinato bene, che si ritiene sia implicita nella condotta.¹¹²

Una diversa corrente ¹¹³ritenne che in tema di reati di pericolo dovesse invece essere operata una tripartizione tra reati di pericolo concreto, reati di pericolo astratto e di pericolo presunto; ove il reato di pericolo astratto presenta effettivamente il pericolo implicito nella condotta che la comune esperienza ritiene pericolosa, quindi una potenzialità lesiva generica; poiché non è possibile al momento della condotta verificare la presenza o meno delle condizioni necessarie affinché l'evento lesivo si verifichi, il giudice potrà solo controllare la conformità della condotta alla fattispecie legale¹¹⁴.

Diversamente, nei reati di pericolo presunto il pericolo non è implicito nella stessa condotta, per cui il legislatore introduce una presunzione assoluta *iuris et de iure* grazie alla quale la prova della inesistenza del pericolo è irrilevante, poiché questa tipologia di reato ammette la assenza totale di rischio.

Da un punto di vista di struttura del reato, il reato di pericolo ha creato più di un problema soprattutto ai fautori della teoria realista proprio perché è una costruzione articolata sulla anticipazione di tutela, quindi senza offesa: tuttavia è fuor di dubbio che nella attuale

morte di una sola persona si applica l'ergastolo. In ogni altro caso si applica la reclusione non inferiore a quindici anni."

¹¹² Una ipotesi ricorrente è data dal reato di cui all'art. Art. 423 c.p. Incendio. 1. *"Chiunque cagiona un incendio e' punito con la reclusione da tre a sette anni. 2. La disposizione precedente si applica anche nel caso d'incendio della cosa propria, se dal fatto deriva pericolo per la incolumità' pubblica."*; nonché dall'Art. 435 c.p. *Fabbricazione o detenzione di materie esplodenti* 1. *"Chiunque, al fine di attentare alla pubblica incolumità', fabbrica, acquista o detiene dinamite o altre materie esplodenti, asfissianti, accecanti, tossiche o infiammabili, ovvero sostanze che servono alla composizione o alla fabbricazione di esse, e' punito con la reclusione da uno a cinque anni."*

¹¹³ F. Mantovani, op.cit. pag.225.

¹¹⁴ L'ipotesi di reato più calzante è senz'altro fornita dal reato di 527. Atti osceni. 1. *"Chiunque, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, compie atti osceni è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni .2. La pena è aumentata da un terzo alla metà se il fatto è commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano. 3. Se il fatto avviene per colpa, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 51 a euro 309 "*

situazione sociale ed economica alcune tipologie di beni,¹¹⁵ quali ad esempio i beni collettivi, possano essere tutelati adeguatamente solo attraverso la predisposizione di una serie di norme volte ad evitare che la indefinita reiterazione di condotte di minima lesività porti infine alla lesione della salvaguardia del bene¹¹⁶. Vengono così sanzionate penalmente alcune condotte supponendo che la loro realizzazione comporti l'esposizione a pericolo di determinati interessi oppure presupponendo che siano pericolose per il bene tutelato, prescindendo da ogni concreta indagine sul fatto che il bene sia poi stato effettivamente posto in pericolo.

Una peculiare e controversa categoria di reati di pericolo è data dai reati di sospetto: il sospetto – com'è ovvio – è connesso a reati più gravi che possono o potrebbero essere commessi dal soggetto attivo. La condotta posta in essere, quindi, non è di per sé né lesiva né pericolosa: il contrasto con il principio di offensività è così del tutto stridente.

La funzione di questa tipologia di reati è chiaramente repressiva: la Corte Costituzionale è intervenuta con sentenza 1.11.1996 n.370 per dichiarare la illegittimità dell'art. 708 c.p., relativa al possesso ingiustificato di valori, per contrarietà ai principi di ragionevolezza e tassatività. La Corte ha desunto l'irragionevolezza dal fatto che la norma non facesse alcun riferimento ai nuovi fenomeni di arricchimento ed alle nuove e diverse forme di criminalità, bensì solo a coloro che sono pregiudicati per *“delitti determinati da motivi di lucro e per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio.”*

Anche i reati di attentato rientrano nel novero dei reati di pericolo, costituendone un ipotesi veramente particolare, molto simile al delitto tentato di cui all'art 56 c.p.4.

Questa tipologia di reati – perlopiù delitti contro la personalità dello Stato o l'incolumità pubblica, quindi beni giuridici di rango elevato – vengono considerati delitti perfetti, anche se in realtà consistono in atti diretti ad offendere il bene protetto. L'esempio più significativo è dato dalla fattispecie di cui all'art 276 c.p. (Attentato contro il Presidente della Repubblica)¹¹⁷. Si tratta di una serie di condotte che – ove non previste dall'art. 276 c.p. -

¹¹⁵ E' opinione di F. Mantovani, che, dopo l'iniziale diffidenza, la dottrina si sia orientata al superamento di ogni pregiudizio avverso i reati di pericolo astratto o presunto focalizzando l'attenzione sui beni tutelabili e sulle tecniche di tipizzazione. F.Mantovani, op.cit. Pag. 232.

¹¹⁶ Si pensi alla ipotesi dei reati di inquinamento idrico prevista dall'art. 59, 5 comma, D.lgs 152/1999, ove si tratta di scarichi che eccedono i limiti tabellari normativamente preordinati. L'accertamento del pericolo dato dal singolo scarico non sarebbe realizzabile, ma soprattutto, si perderebbe di vista l'obiettivo finale della prevenzione del danno all'ambiente consistente in una serie continua di scarichi complessivamente nocivi. In tal senso A. Valenti, op.cit.

¹¹⁷ Art. 276 c.p. - *“Chiunque attentata alla vita, alla incolumità o alla libertà personale del Presidente della Repubblica è punito con l'ergastolo.”*

sarebbero comunque sanzionate autonomamente, per omicidio tentato, lesioni tentate oppure sequestro di persona tentato: la tutela rafforzata prevista nel caso del Presidente della Repubblica prevede che siano considerate come reati a sé.

Una dottrina minoritaria ha ritenuto corretto distinguere nettamente i delitti di attentato dal tentativo, ritenendo così incriminabili anche quelle condotte che, pur non raggiungendo i requisiti richiesti dall'art. 56 c.p. per la configurabilità del tentativo, ovvero gli atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un reato, rientrano comunque nella attività preparatoria e quindi indicativa della volontà di commettere un reato.¹¹⁸

Il palese contrasto di questa ipotesi ricostruttiva con il principio di offensività, ove l'ipotesi di reato viene letta in chiave soggettiva quale "reato di tendenza" ovvero verso una "figura criminosa caratterizzata da una condotta "soggettivamente" diretta verso un risultato dannoso, ma non necessariamente idonea a cagionarlo", si è posta in contrasto con la dottrina e la giurisprudenza maggioritari, che ritengono invece necessario il tentativo punibile.¹¹⁹

5.2. Reati monoffensivi e reati plurioffensivi

Si suole distinguere, sul piano dell'oggetto giuridico, tra reati monoffensivi, che vengono ad esistenza con l'offesa ad un unico bene giuridico e reati plurioffensivi, per i quali la sanzione penale risponde alla esigenza di tutelare diversi beni giuridici.

Occorre quindi differenziare le ipotesi in cui il reato è consumato attraverso la lesione effettiva o potenziale di un unico bene giuridico dalle diverse ipotesi in cui per integrare la fattispecie prevista occorre la lesione di tutti i beni protetti, come avviene nell'ipotesi prevista dall'art. 628 c.p.: poiché la rapina viene descritta come l'impossessamento della cosa altrui tramite violenza o minaccia, l'offesa deve quindi necessariamente consistere sia nella lesione del patrimonio che nel diritto alla autodeterminazione.

Una tipica ipotesi di reato plurioffensivo che necessita per il suo perfezionamento l'offesa ad uno solo dei beni protetti è data dal peculato, previsto e punito dall'art. 314 c.p.¹²⁰.

¹¹⁸ ZUCCALA', Profili del delitto di attentato, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1977, pag.1235, Contra, E. GALLO, v. Attentato (delitto di), in Noviss. Dig. It., Appendice A-COD, Torino, 1980, passim. Cfr. altresì, dello stesso Autore, Il delitto di attentato nella teoria generale del reato, Milano, 1966, passim.

¹¹⁹ Con la legge 24.02.2006 n. 85 (modifiche al Codice penale in materia di reati di opinione) sono state apportate modifiche agli art. 241 e 283 c.p. In tema di attentato, riformulando il testo con una connotazione più specifica, ove la condotta perseguita è costituita non più da "meri fatti diretti" bensì da "atti diretti violenti ed idonei".

¹²⁰ Articolo 314. Peculato. 1. "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile

Secondo infatti la giurisprudenza della Suprema Corte, chiamata a decidere su una ipotesi di utilizzo dei telefoni d'ufficio per comunicazioni private, nel caso del reato di peculato *“la natura plurioffensiva del reato di peculato implica che l'eventuale mancanza di danno patrimoniale conseguente all'appropriazione non esclude la configurabilità del reato, atteso che rimane pur sempre lesa dalla condotta dell'agente l'altro interesse, diverso da quello patrimoniale, protetto dalla norma, cioè quello del buon andamento della P.A.”*¹²¹

E' stata tuttavia più volte segnalata la obiettiva difficoltà di inquadrare il reato plurioffensivo nella prima sotto - categoria piuttosto che nella seconda, con diversi problemi quindi in sede di applicazione della normativa.¹²²

5.3. Reati di scopo.

Il punctum dolens dei reati “di scopo”, nella loro tradizionale contrapposizione ai reati di offesa tout court, si ravvisa principalmente nel loro oggetto di tutela, che non è dato da beni giuridici, bensì da situazioni o funzioni che si ha interesse a non vedere realizzate e questo interesse lo scopo dell'intervento della norma penale. In questa tipologia di reati non c'è quindi un oggetto giuridico da tutelare, e di conseguenza neppure un soggetto passivo. Un esempio di questa tipologia di reato è il delitto di favoreggiamento della prostituzione di cui all'art. 3 L.20.02.1958 n.75, dove infatti rileva l'interesse dello stato alla lotta alla prostituzione, senza alcuna tutela per la donna.

In alcuni casi i reati di scopo sono finalizzati alla tutela di funzioni amministrative, come nel caso dei reati di abusiva raccolta del risparmio e di abusiva attività bancaria di cui agli art

altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da tre a dieci anni. 2. Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita”

¹²¹ Cass. Pen. 6 sezione n.2963 del 31.01.2005 (udi.4.10.2004) v. 231032. cond. Sez.6 n.4328 del 07.04.1999 (udi. 2.3.99) v. 213660.

¹²² La giurisprudenza di legittimità in tema di peculato non è infatti costante: in altre decisioni la Corte ha infatti escluso la sussistenza del reato di peculato in caso di esiguo valore del bene oggetto di cui il Pubblico ufficiale si era appropriato, nonostante si vertesse sempre in caso di reato plurioffensivo (cass. Pen. 4 sezione , 25.10.2010, n. 41709).

Anche In tema di peculato d'uso, prevista dal secondo comma dell'art. 314 c.p., le soluzioni giurisprudenziali non sono concordi: ove la condotta di utilizzo momentaneo del bene a fini personali – che configura una ipotesi autonoma di reato – viene talora ritenuta comunque in grado di compromettere la destinazione del bene, mentre in altre decisioni si ritiene che l'uso episodico ed economico del bene non sia idoneo a ledere l'interesse tutelato (cfr. cass. Pen. 20.05.2009 n. 21165).

130 e 131 d.gsl. 385/1993, ove è evidente che l'interesse del legislatore è centrato sull'esclusività del controllo della attività bancaria da parte della Banca d'Italia.

Secondo una autorevole dottrina i reati di scopo rientrano nella progressiva formalizzazione del concetto di offesa che ne ha svuotato sostanzialmente la funzione.¹²³

Tra le ipotesi più indicative di reati di scopo si ravvisano i reati ostativi o di ostacolo (*délits obstacles*). Si tratta di reati che tendono a prevenire la commissione di reati futuri mediante l'incriminazione di atti che ne sono la premessa idonea, quali le ipotesi di possesso ingiustificato di chiavi e grimaldelli di cui all'art. 707 c.p.¹²⁴ ed il possesso illegale di armi, esplosivi o sostanze stupefacenti non destinate all'uso personale.

La loro caratteristica è data dal fatto che riguardano tutta una sfera di comportamenti che sono sicuramente equivoci di per sé, però vengono considerati prodromici a condotte che potrebbero essere delittuose oppure indifferenti.

Si sottolinea in dottrina come i reati di ostacolo abbiano appunto funzione preventiva e vengono puniti per sé stessi, a differenza dei reati di sospetto che hanno carattere marcatamente repressivo e vengano perseguiti in quanto rappresentano l'intenzione di commettere altri reati.¹²⁵

Con sentenza 17.07.2002 n.354, la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità dell'art. 688 2 comma c.p., concernente l'ipotesi di manifesta ubriachezza.¹²⁶

Il primo comma dell'art. 688 era già stato trasformato in illecito amministrativo con D.lgs 507/99; l'ipotesi di cui al secondo comma da aggravante era divenuta così una fattispecie autonoma, per cui alla fine veniva a rispondere di ubriachezza solo colui il quale avesse riportato condanna per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità delle persone, con

¹²³ F. Mantovani, op. cit. pag. 227.

¹²⁴ Articolo 707. Possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli. " *Chiunque, essendo stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio, o per mendicizia o essendo ammonito o sottoposto a una misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta, è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature, dei quali non giustifichi l'attuale destinazione, è punito con l'arresto da sei mesi a due anni.*"

¹²⁵ Si veda F. Mantovani, op. cit. pag. 236; R. Garofoli, Manuale di diritto penale – parte generale, 2012.

¹²⁶ " *Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, è colto in stato di manifesta ubriachezza è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da cinquantuno euro a trecentonove euro. La pena è dell'arresto da tre a sei mesi se il fatto è commesso da chi ha già riportato una condanna per delitto non colposo contro la vita o la incolumità individuale. La pena è aumentata se la ubriachezza è abituale.*"

una ingiustificabile disparità di trattamento rispetto a chi – non avendo riportato quel tipo di condanne - per la medesima condotta avrebbe dovuto rispondere solo a titolo di illecito amministrativo.

Nella sua ultima formulazione quindi, la norma quindi non sanzionava lo stato di ubriachezza in sé, quanto una qualità personale del soggetto ed è quindi stata dichiarata incostituzionale.

5.4 . Reati a dolo specifico.

Questa tipologia di reati vengono solitamente¹²⁷ considerati in dottrina come la via più breve per una accentuazione delle componenti soggettive del diritto penale.

Vengono distinti nelle tre categorie di reati a dolo specifico di offesa, per cui la lesione del bene protetto non è prevista come risultato oggettivo, ma solo intenzionale, come nel caso di boicottaggio di cui all'art. 507 c.p.,¹²⁸ di una condotta di per sé inoffensiva; reati a dolo specifico di ulteriore offesa, ove alla lesione del bene protetto deve aggiungersi una ulteriore offesa di natura intenzionale, volta a restringere un fatto di per sé già penalmente rilevante: è il caso della ipotesi di furto contemplata dall'art. 624 c.p.,¹²⁹ ove alla lesione all'interesse altrui a non subire una perdita patrimoniale si aggiunge quella all'interesse del non arricchimento furtivo; ed infine la categoria dei reati a dolo specifico differenziale, nei quali la punibilità di fatti egualmente offensivi è diversificata dal diverso elemento intenzionale.

Secondo la più autorevole dottrina, il contrasto con il principio di offensività deve essere rinvenuto nel primo caso di dolo specifico di offesa, ove vengano superati i limiti di

¹²⁷ " La tecnica più semplice di inquinamento del principio di offensività e di costruzione di un diritto penale soggettivistico" F. Mantovani, in op.cit. Pag. 234.

¹²⁸ Articolo 507. Boicottaggio. 1. "Chiunque, per uno degli scopi indicati negli articoli 502, 503, 504 e 505, mediante propaganda o valendosi della forza e autorità di partiti, leghe o associazioni, induce una o più persone a non stipulare patti di lavoro o a non somministrare materie o strumenti necessari al lavoro, ovvero a non acquistare gli altrui prodotti agricoli o industriali, è punito con la reclusione fino a tre anni. 2. Se concorrono fatti di violenza o minaccia, si applica la reclusione da due a sei anni (1)". (1) Con sentenza n. 84 del 17 aprile 1969 la Corte cost. ha dichiarato l'illegittimità di questo articolo per la parte relativa all'ipotesi della propaganda qualora questa non assuma dimensioni tali nè raggiunga un grado tale di intensità e di efficacia da risultare veramente notevole.

¹²⁹ Art 624 c.p. Furto. 1. Chiunque s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 154 a euro 516. 2. Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico. 3. Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra una o più delle circostanze di cui agli articoli 61, numero 7), e 625.

ammissibilità del reato di pericolo presunto o di pericolo astratto, e nel terzo caso dei reati a dolo specifico differenziale, visto che la differenza di trattamento sanzionatorio viene fatta dipendere dalla mera intenzione offensiva del soggetto agente.¹³⁰

Il contrasto con la necessaria lesività è reso ancor più evidente ove si consideri che, in generale, uno scopo non può ledere nulla e quindi non si può tradurre in un aggravamento sanzionatorio, poiché non si può punire l'agente non per quel che ha fatto bensì per quel che avrebbe voluto fare.¹³¹¹³²

6. Prospettive.

E' indubbio che il principio di offensività abbia veramente subito il fatto di non essere un principio espressamente codificato; ciò nonostante, l'elaborazione dottrinale è riuscita ad elevarlo a principio cardine dell'attuale sistema penale.

Molto si è discusso sull'opportunità di un espresso riconoscimento: la Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, istituita con legge cost. n. 1 del 24.01.1997 (meglio nota come Bicamerale) aveva a suo tempo approvato la riforma dell'art. 129 Cost. recante la previsione espressa del principio di offensività : *"Non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività."*

Nel 2006 venne poi promosso un progetto di riforma del codice penale (Commissione Pisapia) ove - all'art. 2 - venne ancora preannunciata la codificazione del principio di offensività, ove si specificava che : *"nessuno sia punito per un fatto che non offenda beni giuridici di rilevanza costituzionale; nessuno sia punito per un fatto che in concreto non offenda i beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice; l'agente non sia punibile quando risultino la tenuità dell'offesa e l'occasionalità del comportamento."*

In realtà nella dottrina penalistica da tempo fervono dibattiti sulla reale opportunità di una codificazione espressa, come pure sulla idea stessa del bene giuridico come perno del diritto penale.

La stessa proposta di costituzionalizzare il principio contenuta nella proposta della Commissione Bicamerale venne stata accolta dalla dottrina penalistica con valutazioni diverse e contrastanti ¹³³; si era infatti formato il convincimento che la costituzionalizzazione dell'offensività avrebbe potuto creare numerosi problemi al legislatore, superabili solo

¹³⁰ F.Mantovani, op. cit., pag. 234.

¹³¹ Marinucci - Dolcini, op. cit. pag. 575.

¹³² Secondo F. Bricola, si potrebbe sostenere la legittimità dei reati a dolo specifico unicamente attraverso una " effettiva idoneità lesiva del fatto rispetto all'interesse protetto: postulando così una adeguatezza della condotta alla produzione dell'evento lesivo posto dall'agente nel fuoco dell'intenzione.

¹³³ G. Fiandaca, " la giustizia penale in bicamerale", in Foro It. 1997, V, 161.

attraverso l'adozione di una concezione "debole" della necessaria lesività come criterio di conformazione dei fatti punibili.

Ad avviso di parte della dottrina, infatti, una scelta "forte" in merito alla offensività intesa come "effettiva lesione o messa in pericolo concreto accertabile con certezza hic et nunc" avrebbe potuto creare da una parte un irrigidimento, dall'altra una eccessiva discrezionalità dei fondamenti della punibilità, portando così un aumento del contenzioso costituzionale e quindi un inevitabile maggiore incidenza della Corte Costituzionale in tema di controllo delle scelte del Parlamento in tema di politica criminale.¹³⁴

Secondo questa linea di pensiero, anche inserire nell'ordinamento una clausola generale che consenta di non punire i fatti privi di offesa potrebbe avere come conseguenza una "discrezionalità giudiziale eccessiva e dagli esiti imprevedibili", tra cui una anticipazione "di fatto" - da parte dell'interprete - di un ricorso alla irrilevanza del fatto a tutt'oggi prevista solo per i reati di competenza del giudice di pace. A questo, punto, ad avviso di questa linea di pensiero, sarebbe preferibile una codificazione definitiva dell'istituto della irrilevanza da applicare alle fattispecie di reato scarsamente offensive.

E' fuor di dubbio che le posizioni dottrinali sul principio di necessaria lesività ne abbiano evidenziato le molte potenzialità, pur in presenza di concrete difficoltà applicative.

A fronte infatti della ruolo del principio come canone ermeneutico, sono infatti ben presenti le complessità intervenute nella ricostruzione sotto l'egida della offensività di tutta una serie di illeciti penali quali appunto i reati di attentato, di pericolo presunto oppure a dolo specifico. Anche l'uso stesso del principio quale vincolo per il legislatore nelle sue scelte di politica criminale sicuramente deve risolvere il problema dettato dalla esigenza di incriminazioni con una anticipazione della tutela, che si avverte in particolare in alcuni settori del diritto penale come in materia di economia e di ambiente.

Ciò nonostante, le brevi linee ricostruttive della evoluzione del principio in esame sino ad ora ripercorse non possono che condurre alla conclusione che il principio stesso ha oramai assunto nell'ordinamento un ruolo irrinunciabile e che un sistema penale democratico non possa che essere un diritto del fatto e dell'offesa.

In questo senso, non si può che condividere quanto espresso in merito nella relazione conclusiva del progetto della Commissione Grosso: " ... al di là delle opinioni specifiche di ciascuno sulle modalità di inserimento di tale principio nel codice, le posizioni sopra enunciate esprimano la esigenza insopprimibile di ancorare, anche visivamente, la responsabilità penale alla offesa reale dell'interesse protetto, nel quadro di un diritto penale specificamente finalizzato a proteggere i (più rilevanti) beni giuridici, e centrato sulla tassativa descrizione di fatti costituenti reato già di per sé costruiti in modo da assicurare, nei limiti del possibile, la punibilità di condotte offensive dell'interesse protetto. Che di

¹³⁴ E' la posizione di G. Fiandaca "L'offensività è un principio codificabile?" in Foro It. 2001, V, 1

conseguenza il nuovo codice penale non possa rinunciare ad enunciare espressamente fra i suoi capisaldi il principio secondo cui un fatto di reato, per risultare punibile, deve avere offeso l'interesse tutelato dalla norma penale incriminatrice. ¹³⁵

III. IL REATO DI INGRESSO E SOGGIORNO ILLEGALE NEL TERRITORIO DELLO STATO DELL'EXTRACOMUNITARIO E LE QUERELLE SULL'AGGRAVANTE DELL'INGRESSO ILLEGALE

1) *Diritto Penale vs. Diritto dell'immigrazione: un rapporto complicato*; 2) *L'aggravante di clandestinità*; 3) *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*; 4) *Conclusioni: la Direttiva Rimpatri verso il futuro*.

1) Diritto Penale vs. Diritto dell'immigrazione: un rapporto complicato

La disciplina dell'immigrazione, *sub species* degli istituti volti a determinare l'espulsione dello straniero, presenta notevoli distonie con il diritto penale, tanto da fare intervenire la Corte costituzionale per porre fine a quella che può essere indicata come la corsa al diritto penale d'autore. Il Legislatore, infatti, spinto dal fine politico di incrementare la difesa sociale, ha considerato la permanenza dello straniero irregolare come una presunzione assoluta di pericolosità, dimenticando il principio di materialità e di offensività, principi che permeano l'intera area del sistema penale.¹³⁶

Sotto tale profilo la Corte costituzionale negli ultimi anni è dovuta intervenire più volte sia sulla disciplina comune in materia penale quanto sulla normativa speciale disciplinata dal TU immigrazione. Tuttavia, la Corte costituzionale nell'affrontare le tematiche inerenti alla disciplina penale in materia di immigrazione sembra spesso cadere a sua volta in errore, confondendo il principio di materialità della fattispecie penale, previsto dall'art. 27 Cost., con quello di offensività. Quest'ultimo postula l'accertamento preliminare che la fattispecie penale possa estrinsecarsi nella realtà naturalistica, per poi passare ad una valutazione successiva relativa alla lesione o messa in pericolo dei beni tutelati dalla norma.

Appare quindi utile chiarire che quando si tratta del diritto penale d'autore ci si riferisce al principio di materialità e non a quello di offensività. Non si tratta semplicemente di una

¹³⁵ <http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/relazionegrasso.htm>

¹³⁶ Per un completo inquadramento dell'applicazione del diritto penale in materia di immigrazione si consenta di rinviare a C. M. ARDITA, *La Direttiva Rimpatri: gli effetti della direttiva 2008/115/CE sul sistema penale delle espulsioni*, a cura di M. ANTONIOL, coll. Avanguardia Giuridica, Exeo.

“confusione di etichette”: infatti l’affermazione secondo cui il diritto penale dell’immigrazione contrasta solo con il principio di offensività comporta che il giudice possa limitarsi ad un unico accertamento, ovvero verificare se il fatto commesso metta in pericolo o leda il bene tutelato dal Legislatore¹³⁷.

Essendo i reati in materia di immigrazione volti a tutelare il fondamentale principio di sovranità, quest’ultimi assumono la fisionomia di reati di pericolo, in tal modo l’accertamento del principio di offensività si compendierebbe in una tautologia.

Diversamente il principio di materialità, impone all’interprete di accertare se il fatto come descritto dalla fattispecie penale sia suscettibile di verificarsi nella realtà naturalistica, solo dopo tale primo accertamento, il giudice potrà, allora, accertare se il fatto commesso possa, altresì, ledere o mettere in pericolo il bene tutelato dalla fattispecie penale.

2) L’aggravante di clandestinità

Il tema dell’estensione dei diritti inviolabili delineati dalla Costituzione italiana agli stranieri è di recente affermazione. Come si ricorderà la Corte costituzionale con la sentenza n. 249, 8 luglio 2010, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’aggravante della clandestinità, ex art. 61 n. 11-bis) c.p., ha affermato che i diritti inviolabili dell’uomo spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani, sicché la condizione giuridica dello straniero non può né deve essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell’ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato».

Come è noto la legge 24 luglio 2008, n. 125, meglio nota come “Pacchetto sicurezza”¹³⁸ ha introdotto all’interno del nostro ordinamento giuridico, una circostanza aggravante comune nei confronti dello straniero irregolare c.d. aggravante di clandestinità che consiste in un aumento di pena nei confronti del migrante che abbia commesso il fatto-reato «mentre si trova illegalmente nel territorio nazionale».

I primi commentatori hanno da subito messo in risalto l’incostituzionalità della norma *de quo*, in quanto applicativa di un trattamento penale più severo unicamente fondato su qualità personali del soggetto del tutto estranei al fatto-reato, introducendo in tal modo una

¹³⁷Per la distinzione tra principio di materialità e di offensività si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, Cedam, 1992, pp. 20 e ss.

¹³⁸Legge 24 luglio 2008, n. 125, di conversione del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92.

responsabilità penale d'autore in spregio ai fondamentali principi di materialità e offensività¹³⁹.

Più nello specifico la dottrina ha osservato come attraverso quella che è un presunzione *iuris et iure* di pericolosità dello straniero fondata sulla sola presenza in Italia in violazione della disciplina amministrativa in materia di immigrazione, la nuova aggravante costituisca «una tipica fattispecie della legislazione penale dell'emergenza e della sicurezza» fondata sulla mera appartenenza del soggetto attivo ad una certa categoria soggettiva delineata *ex lege*¹⁴⁰.

Tale intendimento è stato condiviso anche dal Giudice delle Leggi, nella sentenza sopra citata, secondo il quale «il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quello dello straniero giacché ogni limitazione di diritti fondamentali deve partire dall'assunto che, in presenza di un diritto inviolabile, il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante».

Alla luce di quanto affermato, la Corte costituzionale ritiene che la necessità di constatare l'ineluttabilità di limitare un diritto fondamentale, comporta che la norma limitativa debba superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell'art. 3 Cost., l'accertamento della sua non manifesta irragionevolezza¹⁴¹.

¹³⁹Argomentano da tempo circa l'incostituzionalità dell'aggravante: D. PULITANO, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1079; L. MASERRA, *Immigrazione* in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di) *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino 2008, pag. 7 - 8; R. LOTTINI, *Innovazione in materia di circostanze del reato*, in F. GIUNTA, E. MARZADURI (a cura di) *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, Milano, 2010, p. 176; M. LA ROSA, *I "crimini contro l'ospitalità": vecchi e nuovi paradigmi di diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, pp. 446 e ss.

^{140A}. PECCIOLI, *La clandestinità come aggravante*, in P. PISA (a cura di) *Immigrazione, Gli Speciali, Diritto penale e processo*, Milano 1, 2009, pag. 42.

¹⁴¹Corte costituzionale sentenza n. 393, 23 novembre 2006. L'uso del criterio di ragionevolezza è stato più volte utilizzato dalla Corte costituzione nel campo dei diritto penale a fronte di fattispecie incriminanti basate su presunzioni assolute di pericolosità. Si pensi alla dichiarazione di incostituzionalità della previsione che puniva l'ubriachezza (art. 688 c.p.) solo per coloro che avessero già riportato una condanna per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità delle persone (sentenza n. 354, 17 luglio 2002). In analogia prospettiva è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 708 c.p. (possesso ingiustificato di valori), posto che la suddetta norma sanciva una «discriminazione nei confronti di una categoria di soggetti composta da pregiudicati per reati di varia natura o entità contro il patrimonio», senza una corrispondenza effettiva ed attuale tra la condizione in discorso e la funzione di tutela dell'incriminazione (sentenza n. 370, 2 novembre 1996).

Comportamenti pregressi dei soggetti non possono, pertanto, giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza – indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale – ad una qualità personale e la trasformino, in un vero “segno distintivo” o in delle “stigmatate” delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini.

Né può essere utilizzata la circostanza aggravante in commento con finalità special-preventive allo scopo di contrastare l’immigrazione illegale: si darebbe luogo in tal modo ad una incriminazione indiretta, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari.

Si finirebbe, infatti, per distaccare totalmente la previsione punitiva dall’azione criminosa contemplata nella norma penale e dalla natura dei beni cui la stessa si riferisce, specificamente ritenuti dal Legislatore meritevoli della tutela rafforzata costituita dalla sanzione penale.

Quanto affermato assume maggiore rilevanza se solo si considera la modifica apportata dall’art. 1, comma 1, della legge 94/2009 la quale ha escluso l’applicabilità dell’aggravante *de qua* ai cittadini di paesi appartenenti all’Unione europea.

È noto infatti che esistono ipotesi di soggiorno irregolare anche del cittadino comunitario, come, ad esempio, nel caso di inottemperanza ad un provvedimento di allontanamento, condotta punita dall’art. 21, comma 4, del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30142, con l’arresto da uno a sei mesi e con l’ammenda da 200 a 2.000 euro.

Anche sotto tale profilo, risulta chiaro che l’aggravante in commento fa leva prevalentemente sullo *status* soggettivo del reo, giacché la circostanza non si applica ai cittadini di Stati dell’Unione Europea neppure nella più grave ipotesi dell’inottemperanza ad un provvedimento di allontanamento, vale a dire quando l’irregolarità del soggiorno è stata riscontrata ed ha formato oggetto di valutazione da parte della competente autorità di sicurezza, che ha emesso un ordine trasgredito dal soggetto interessato, il quale ha assunto, per tale condotta, una specifica responsabilità penale.

È evidente, in altre parole, che la giustificazione della circostanza aggravante in commento non può fondarsi su una presunzione correlata alla violazione delle norme sull’ingresso e sulla permanenza nello Stato di soggetti privi della cittadinanza italiana dal momento che la medesima condotta non risulta aggravata, pur a fronte di una identità di condotta, per i cittadini comunitari.

Si può quindi affermare che l’aggravante in esame risulta del tutto disancorata dal fatto tipico.

142Attuativo della direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Le recenti modifiche legislative hanno, inoltre, messo in luce con nettezza ancora maggiore la natura discriminatoria dell'aggravante in questione in particolare a seguito dell'introduzione di un autonomo reato di immigrazione irregolare (art. 10-bis TU immigrazione).

L'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato ha posto le premesse per possibili duplicazioni o moltiplicazioni sanzionatorie, tutte originate dalla qualità acquisita con un'unica violazione delle leggi sull'immigrazione.

Lo straniero extracomunitario, infatti, viene punito una prima volta all'atto della rilevazione del suo ingresso o soggiorno illegale nel territorio nazionale, ma subisce una o più punizioni ulteriori determinate dalla perdurante esistenza della sua qualità di straniero irregolare, in rapporto a violazioni, in numero indefinito, che pregiudicano interessi e valori che nulla hanno a che fare con la problematica del controllo dei flussi migratori.

Lo straniero in condizione di soggiorno irregolare, a parità di comportamenti penalmente rilevanti, è punito più gravemente del cittadino italiano o dell'Unione Europea.

Tutto ciò si pone in contrasto con il principio di eguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost., che non tollera irragionevoli diversità di trattamento.

È vero che il sistema penale italiano, al fine di evitare il verificarsi del *ne bis in idem* sostanziale, prevede tecniche di considerazione unitaria delle specifiche condotte: così ad esempio la previsione del reato complesso che sussiste quando «la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato» (art. 84, primo comma, c.p.).

Tuttavia questa disposizione non è applicabile alla circostanza aggravante c.d. "di clandestinità" giacché quest'ultima ha natura di circostanza aggravante comune e l'ingresso e il soggiorno illegale sul territorio dello Stato non sono previsti dalla legge come elementi costitutivi della generalità dei reati ma solo di quelli che attengono alla violazione delle norme in materia di immigrazione, di talché il reato comune commesso dallo straniero in condizione irregolare non potrebbe considerarsi complesso, e come tale capace di "assorbire" la violazione dell'art. 10-bis del TU immigrazione.

Il richiamo al reato complesso pare, inoltre, inconferente in quanto quest'ultimo riguarda il caso in cui vi sia un reato aggravato tipico ad esempio il furto aggravato con violenza sulle cose che include in sé il danneggiamento.

Più nello specifico il reato complesso concerne un fatto che tipicamente, ossia per come contemplato dall'ordinamento, include in sé una condotta altrimenti considerata come reato a sé stante.

Si tratta di una tecnica normativa volta a evitare che l'autore del reato sia punito due volte per la medesima condotta avente per l'ordinamento un unico disvalore.

Diversamente l'irregolarità del soggiorno non concorre a delineare un reato aggravato tipico. La costruzione di un reato complesso è poi opera del legislatore in quanto sotto profilo naturalistico si realizzano due diverse lesioni. Non può pertanto essere opera dell'interprete essendo devoluto a precise scelte di politica criminale, pena la violazione del principio di riserva di legge che nell'ordinamento penale è «tendenzialmente assoluta».

Non è inoltre possibile alcuna interpretazione costituzionalmente orientata della norma: pertanto correttamente il giudice remittente ha sollevato la questione di costituzionalità, in quanto la formulazione testuale della disposizione che la contiene esclude infatti che l'aggravante *de qua* debba applicarsi soltanto nei casi in cui la condotta criminosa sia stata agevolata dalla presenza illegale del reo sul territorio nazionale o il reato sia stato commesso per consentire l'ingresso o la permanenza illegale.

Al contrario siffatta interpretazione contrasta con la portata generale ed indifferenziata di tale circostanza aggravante¹⁴³.

Alla luce di quanto illustrato, la Corte costituzionale non può che ritenere che la *ratio* sostanziale posta alla base dell'aggravante di cui si disquisisce è una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare, che si riflette sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale da lui posta in essere.

La Corte costituzionale, al fine di specificare che la pronuncia di accoglimento dell'illegittimità costituzionale non costituisce una ingerenza in questioni di politica criminale, la cui scelta spetta esclusivamente al Legislatore in virtù del principio di riserva di legge, afferma che il Legislatore «non può introdurre automaticamente e preventivamente un giudizio di pericolosità del soggetto responsabile, che deve essere frutto di un accertamento particolare, da effettuarsi caso per caso, con riguardo alle concrete circostanze oggettive ed alle personali caratteristiche soggettive».

Sotto tale aspetto la Corte costituzionale ha già avuto modo di affermare che «il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato non è univocamente sintomatico di una particolare pericolosità sociale». Mediante tale tecnica legislativa, infatti, il Legislatore lungi da avere effettuato scelte di politica criminale che solo a lui competono ha introdotto una responsabilità c.d. "di tipo d'autore", ovvero punisce una particolare qualità del soggetto che nulla ha che vedere con il fatto commesso.

Non può farsi riferimento per argomentare in senso contrario all'esistenza di particolari circostanze aggravanti comuni esistenti nel sistema penale che solo alla luce di un esame superficiale possono far pensare di punire un soggetto in modo più grave solo per una sua condizione.

¹⁴³Come tra l'altro già messo in luce dalla giurisprudenza di legittimità Cfr. Cass., Sez. II, Sent. 26 novembre 2009, n. 4406.

Sotto tale profilo non rilevano pertanto né l'aggravante relativa allo stato di latitanza del reo (art. 61, numero 6, c.p.) né alla recidiva (art. 99 c.p.).

Nel caso di latitanza il soggetto che commette il reato non è genericamente caratterizzato da una qualità derivante da comportamenti pregressi, ma si trova in una situazione originata da un provvedimento restrittivo dell'autorità giudiziaria che lo riguarda individualmente. All'esecuzione di tale provvedimento il latitante si sottrae con scelta deliberata, tanto che non risponderebbe dell'aggravante se avesse pur colpevolmente ignorato l'esistenza del provvedimento in suo danno.

Si discute insomma, ed in ogni caso, di una situazione non assimilabile a quella dell'immigrato in condizione di soggiorno irregolare, ove può mancare qualsiasi "individualizzazione" del precetto penale trasgredito. In questa previsione aggravante, infatti, vengono in astratto ed in modo generalizzato accomunate ipotesi molto diverse tra loro, fino a comprendere la situazione di soggetti in condizione di mera "irregolarità", anche per effetto di negligenza, e non attinti da alcun provvedimento che individualmente li riguarda.

V'è da aggiungere che il latitante si sottrae all'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale, che presuppone un reato punito con la reclusione o con l'arresto (e connotato da sicura gravità, visto che conduce ad una pena detentiva eseguibile, o implica un trattamento cautelare), mentre l'immigrazione irregolare era prima soltanto un illecito amministrativo ed attualmente è punita dalla legge con una mera sanzione pecuniaria.

D'altra parte, osserva la Corte costituzionale nel sistema penale vigente la latitanza non è configurata come reato, con la conseguenza che non è ipotizzabile, a proposito dell'aggravante che vi si riferisce, la possibilità di un *ne bis in idem* sanzionatorio.

Allo stesso modo inconferente è il richiamo all'aggravante della recidiva. L'art. 99 c.p. prevede, infatti, che l'applicazione della suddetta circostanza sia subordinata ad una sentenza definitiva di condanna per un delitto non colposo, intervenuta prima del fatto per il quale la pena deve essere aumentata.

Inoltre, la recidiva aggrava unicamente la pena per i delitti non colposi. Sono pertanto esclusi dall'area di operatività della citata norma codicistica sia i reati contravvenzionali che quelli colposi, mentre, come s'è visto prima, il reato di immigrazione clandestina è una contravvenzione, punita, oltretutto, con una pena pecuniaria.

Il recidivo è dunque un soggetto che delinque volontariamente pur dopo aver subito un processo ed una condanna per un delitto doloso, manifestando l'insufficienza, in chiave dissuasiva, dell'esperienza diretta e concreta del sistema sanzionatorio penale.

Cionondimeno, con la sola eccezione dei reati di maggior gravità, l'applicazione della circostanza è subordinata all'accertamento in concreto, da parte del giudice, di una

relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il nuovo reato da questi commesso, che deve risultare sintomatico – in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei fatti pregressi – sul piano della colpevolezza e della pericolosità sociale¹⁴⁴.

Ben diversa è la disciplina per l'aggravante c.d. "di clandestinità", che può attivarsi finanche quando lo straniero ignori (per colpa) la propria condizione di irregolarità nel soggiorno (art. 59, secondo comma, c.p.), e prescinde da ogni collegamento funzionale con il reato a cui accede, e che il giudice di tale reato deve accertare in via incidentale (senza attendere, per inciso, neppure l'esito di eventuali ricorsi amministrativi dell'interessato).

A tale ultimo proposito, si deve notare che il presupposto di una sentenza definitiva di condanna rende impossibile, nel caso della recidiva, quella formazione di giudicati ingiusti e contraddittori che potrebbe invece derivare relativamente alla circostanza aggravante *de qua* dalla accertata non irregolarità della presenza del soggetto nel territorio dello Stato.

Tale eventualità acquista speciale rilievo nell'ipotesi dello straniero che chieda il riconoscimento dello *status* di rifugiato e, nelle more della relativa procedura, si veda contestata la circostanza in un giudizio che, a differenza di quello concernente il reato di ingresso o soggiorno irregolare, non può essere sospeso (si veda, a tale ultimo proposito, il comma 6 dell'art. 10-bis TU immigrazione).

Tali paradossi sono preclusi dal Legislatore nel caso della recidiva, in coerenza peraltro con la presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma secondo, Cost., che non consente che si produca un effetto sanzionatorio ulteriore causato da un comportamento la cui illiceità penale deve essere ancora accertata in via definitiva.

144Come si ricorderà la Corte costituzionale, sent. 14 giugno 2006, n. 192, ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionali relative al nuovo art. 69, comma 4, c.p. nella parte in cui, nel disciplinare il concorso di circostanze eterogenee, stabilisce il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata. Secondo il giudice di rinvio, il giudicante sarebbe obbligato, in presenza di determinati presupposti, a rilevare la recidiva, il Legislatore avrebbe allora introdotto un'ipotesi di pericolosità presunta in violazione dell'art. 3, comma primo, 25 comma, secondo, 27, comma terzo, Cost. Facendo propria una diversa ricostruzione ermeneutica improntata anche all'obbligo di interpretazione conforme alla Costituzione, la Corte costituzionale afferma che spetta all'organo giudicante il compito di decidere di volta in volta se applicare o meno il previsto aumento di pena in base ad una valutazione discrezionale «caso per caso» della significatività criminale del nuovo episodio delittuoso come indice sintomatico di più accentuata pericolosità sociale. Valutazione da condurre – oltre che sulla base dei tradizionali indici contenuti nell'art. 133 c.p. – sulla scorta di una serie di generici criteri orientativi che la Corte consegna alla concretizzazione valutativa del singolo giudice, cui è affidato il compito di mettere a confronto il nuovo reato con la carriera criminale del reo per valutarne la prossimità temporale e l'affinità tipologica con i precedenti giudiziari. Nella sostanza, si tratta di una facoltatività vincolata, cioè una forma di discrezionalità limitata al previo riscontro dei requisiti predetti.

Deve, infine, sottolinearsi che la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità altresì dell'art. 656 c.p.p. in materia di esecuzione delle sanzioni detentive, che richiama l'aggravante in esame, tra i casi in cui non opera la sospensione degli adempimenti esecutivi nel caso di pene (relativamente) brevi in vista dell'eventuale applicazione di misure alternative alla detenzione.

Come messo in luce in premessa non può sfuggire all'interprete l'errore metodologico in cui è incorsa il Giudice delle Leggi. Quest'ultimo afferma infatti che con la previsione dell'aggravante in commento si lede il principio di offensività in quanto la condotta punita non è più gravemente offensiva del bene protetto, rispetto a quella posta in essere da un soggetto non extracomunitario. In realtà si tratta di una chiara violazione del principio di materialità del fatto, per cui nel raggio della sanzione penale cadono esclusivamente fatti e non stati d'animo ovvero *habitus* di vita. Si tratta della dibattuta tematica del diritto penale d'autore, la quale tuttavia non ha nulla a che vedere con il principio di offensività, investendo il diverso profilo della materialità del fatto. Il principio di materialità, come è noto costituisce il presupposto del principio di offensività: un fatto perché sia assoggettato alla sanzione penale anzitutto deve estrinsecarsi nella realtà esteriore, solo in un secondo momento si deve appurare che quest'ultimo sia offensivo dei beni tutelati dalla norma penale.

3) La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale

L'incriminazione dell'ingresso e del soggiorno illegale previsto dall'art. 10-bis, TU immigrazione, rubricato «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato» ha fin dalla sua introduzione suscitato molti dubbi di costituzionalità circa la sua compatibilità con alcuni principi fondamentali del diritto penale e segnatamente con i principi di offensività, materialità e ragionevolezza¹⁴⁵. Con la sentenza n. 250, 8 luglio 2010, la Corte costituzionale ha affrontato la maggior parte di questi dubbi, esponendosi tuttavia a forti critiche da parte dei primi commentatori. La sentenza opera una accurata distinzione tra le censure specifiche relative al reato di cui all'art. 10-bis e quelle afferenti alla *ratio* di penalizzazione

¹⁴⁵M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia* 1, 2009, pp. 28 e ss; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida al diritto*, n. 34/2009, p. 32; A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, pp. 27 e ss; L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ, *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, pp. 45 e ss; C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 4, 2009, p. 64 e ss.

sottesa all'istituto *de quo*. Con riferimento alle prime, il Giudice delle Leggi ha affrontato la questione relativa alla mancata previsione nella fattispecie normativa in esame della clausola del giustificato motivo, che è invece espressamente prevista per il reato di cui all'art. 14 comma 5-ter TU immigrazione.

Sotto tale profilo la Corte costituzionale ha dichiarato che la mancata previsione del "giustificato motivo" non esclude l'applicabilità delle esimenti generali ed in particolare dello stato di necessità, come pure delle cause di esclusione delle colpevolezza, ivi compresa l'ignoranza inevitabile della legge penale. A quest'ultime occorre fare riferimento relativamente alle situazioni dello straniero che non comprenda la lingua italiana o che entri in contatto per la prima volta con l'ordinamento giuridico nazionale. Aggiunge inoltre la sentenza in esame che resta operante «il basilare principio *ad impossibilia nemo tenetur*, valevole per la generalità delle fattispecie omissive proprie».

In rapporto a tali fattispecie, difatti, l'impossibilità (materiale o giuridica) di compimento dell'azione richiesta esclude la configurabilità del reato, prima ancora che sul piano della colpevolezza, già su quello della tipicità, trattandosi di un limite logico alla stessa configurabilità dell'omissione. Ne consegue che un insieme di situazioni rilevanti come "giustificato motivo" ben possono venire in considerazione anche al fine di escludere la configurabilità della contravvenzione (si pensi, ad esempio, alla indisponibilità, da parte dello straniero, per cause indipendenti dalla sua volontà, dei documenti necessari al fine di lasciare legalmente il territorio nazionale).

La Corte costituzionale ha tuttavia avuto cura di chiarire che residua pur sempre una diversità di regime rispetto all'ipotesi criminosa di cui all'art. 14 comma 5-ter connessa «alla rilevata maggiore ampiezza delle situazioni riconducibili al paradigma del giustificato motivo rispetto alle cause generali di non punibilità», escludendo poi che detta diversità di regime si traduca in un profilo di illegittimità costituzionale.

Infatti, i presupposti in presenza dei quali l'ordine di allontanamento può essere adottato richiamano «esigenze cui frequentemente corrispondono situazioni di rilevante difficoltà di tempestivo adempimento da parte dell'intimato»; sotto questo profilo, non equiparabile, secondo il Giudice delle Leggi, è la contravvenzione *ex art. 10-bis*, che «reprime con semplice pena pecuniaria la generica inosservanza delle disposizioni in tema di soggiorno (oltre che di ingresso) dello straniero nel territorio dello Stato: e ciò indipendentemente dall'intervento di un ordine amministrativo individualizzato, caratterizzato da un ristretto termine di adempimento e atto ad innescare un netto "salto di qualità" della risposta punitiva»

La Corte costituzionale ha, inoltre, ritenuto espressamente applicabile al reato di cui all'art. 10-bis l'istituto dell'improcedibilità per particolari tenuità del fatto, che tradizionalmente opera nell'ambito del giudizio davanti al giudice di pace.

Al di là dell'obiezione per cui il giustificato motivo sia se considerato elemento costitutivo del reato delineandone la tipicità sia se portato all'interno dell'esimenti non possa essere accomunato alla non procedibilità per particolare tenuità del fatto, quello che la Corte costituzionale intende proporre è una sorta di anomala compensazione.

In particolare secondo la Corte l'improcedibilità per particolare tenuità del fatto opera come "strumento di moderazione" e può valere a «controbilanciare la mancata attribuzione di rilievo alle fattispecie di giustificato motivo che esulino dal novero delle cause generali di non punibilità».

La sentenza n. 250 del 2010 sotto il profilo dei principi generali metta alla prova la resistenza del diritto dell'immigrazione con il principio di offensività e materialità. La Corte costituzionale esclude che il reato in esame realizzi una responsabilità del tipo d'autore in quanto oggetto dell'incriminazione non è un «modo di essere della persona ma uno specifico comportamento trasgressivo di norme vigenti».

Sempre sotto il profilo del diritto penale d'autore, la Corte Costituzionale affronta la tematica relativa alla compatibilità del reato di cui all'art. 10-bis, TU immigrazione, con il principio di offensività.

In tale ottica, la Corte afferma che il reato in esame non costituisce un illecito «di mera disobbedienza non offensivo, anche solo nella forma della messa in pericolo di alcun bene giuridico meritevole di tutela, un illecito la cui repressione darebbe vita a un'ipotesi di "diritto penale d'autore", al di sotto della quale si radicherebbe l'intento di penalizzare, ex se, situazioni di povertà ed emarginazione».

Il Giudice delle Leggi individua il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori. La tutela di tale interesse non può essere considerato irrazionale o arbitraria trattandosi del bene giuridico "di categoria", che accomuna la maggior parte delle norme incriminatrici presenti nel TU immigrazione¹⁴⁶.

¹⁴⁶Sul punto, la sentenza in esame così continua: «l'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico strumentale, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici "finali", di sicuro rilievo costituzionale, suscettibili di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata. Ciò, secondo una strategia di intervento analoga a quella che contrassegna vasti settori del diritto penale complementare, nei quali la sanzione penale - specie contravvenzionale - accede alla violazione di discipline amministrative afferenti a funzioni di regolazione e controllo su determinate attività, finalizzate a salvaguardare in via preventiva i beni, specie sovraindividuali, esposti a pericolo dallo svolgimento indiscriminato delle attività stesse (basti pensare, ad esempio, al diritto penale urbanistico, dell'ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza del lavoro). Caratteristica, questa, che, nel caso in esame, viene peraltro a riflettersi nell'esiguo spessore della risposta punitiva prefigurata dalla norma impugnata, di tipo meramente pecuniario». Il riferimento all'esiguità della comminatoria editale

La dottrina penalistica ha subito sollevato alcune obiezioni relativamente alla supposta conformità del reato di cui all'art. 10-bis, TU immigrazione, con il principio di offensività.

Come è stato osservato, con riguardo alla disciplina in esame «nessuna situazione concreta è richiesta, diversa dalla violazione del dovere del divieto di ingresso o di permanenza per il clandestino extracomunitario. Tipo d'autore e disobbedienza fondano l'illecito, nella presunzione assoluta della messa in pericolo dell'attività amministrativa di controllo e disciplina dei flussi, in vista di interessi-scopo quale la sicurezza pubblica e ordine pubblico. La sola disobbedienza, come tale, non giustifica nessun reato: è solo il collegamento col dovere, con l'obbligo o il precetto violati che struttura una legittimazione penalistica»¹⁴⁷.

Siamo, pertanto, nel solco classico di un diritto penale di polizia, di prevenzione e di sicurezza, dove però – questo il dato caratterizzante e nuovo – l'attenzione al tipo d'autore prevale sul significato offensivo del fatto

Si può facilmente osservare che il reato si perfeziona al momento della violazione della norma amministrativa, sovrapponendosi in tal modo alla violazione della disciplina amministrativa relativa all'ingresso e al soggiorno e il disvalore della fattispecie.

Sotto questo punto di vista i profili di tensione del reato di ingresso e soggiorno illegale dello straniero rispetto al principio di offensività si saldano con quelli relativi al principio di ragionevolezza e di sussidiarietà del diritto penale.

Le ordinanze di remissione avevano infatti chiamato in causa la ragionevolezza della scelta di penalizzazione in base all'assunto che la norma incriminatrice dell'ingresso e del soggiorno illegale perseguirebbe nel suo complesso un obiettivo già realizzabile con l'istituto

sembra, in realtà, sottovalutare le conseguenze che, in generale, ricadono sulla sfera dell'individuo dalla qualificazione penalistica del fatto ascrittogli (su tali conseguenze, cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, pp. 140 ss.). Ad esse, inoltre, devono aggiungersi gli specifici "effetti collaterali" dell'incriminazione dell'ingresso e del soggiorno illegale, effetti ricostruiti da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli effetti collaterali del reato di presenza irregolare*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza* n. 4, 2009, pp. 129 ss.: un significativo esempio di tali effetti può essere colto dall'ordinanza che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis, TU immigrazione, in combinato disposto con l'art. 331 c.p.p., per contrasto con gli artt. 2, 3, comma primo, 10 comma primo e secondo, 24 comma primo e secondo, 117 comma primo, Cost., nella parte in cui non prevede una deroga all'obbligo di denuncia del reato previsto e punito dalla norma indicata nei confronti dell'autorità giudiziaria adita dal cittadino straniero privo di titolo di soggiorno per la tutela dei propri diritti di rango costituzionale (Trib. Voghera, ord. 20 novembre 2009, est. Dossi, in *Questione Giustizia* 1, 2010, p. 181, con nota di A. CAPUTO, *Alla Consulta l'obbligo di denuncia dello straniero irregolare da parte del giudice*).

¹⁴⁷P. PAOLO, *Repressione dell'immigrazione irregolare e direttiva europea sui rimpatri*, *Diritto penale e processo*, 2011, 4, p. 393.

dell'espulsione amministrativa dando luogo in tal modo ad una duplicazione dei procedimenti aventi il medesimo scopo.

Sembra pertanto che la sfera applicativa della norma incriminatrice coincida perfettamente con quella dell'espulsione amministrativa (e del respingimento differito) di competenza dell'autorità amministrativa, sicché l'allontanamento dello straniero irregolare sarebbe «già conseguibile a parità di condizioni in via amministrativa»; né tale via è stata abbandonata o ridimensionata dal legislatore del 2009, che anzi ha sensibilmente rafforzato le misure amministrative preordinate all'esecuzione dell'espulsione attraverso la abnorme dilatazione, fino a 180 giorni, della durata massima del trattenimento amministrativo nei CIE; analogamente rafforzata è stata la tutela penale apprestata all'ordine di allontanamento del questore dai commi 5-ter e 5-quater dell'art. 14 TU immigrazione.

Sul punto, la sent. n. 250 del 2010 muove da un duplice riconoscimento: da una parte, le condotte integranti il reato ex art. 10-bis, TU immigrazione, «costituendo nel contempo violazioni della disciplina sull'ingresso e sul soggiorno dello straniero nello Stato, erano e restano sanzionate, in via amministrativa, con l'espulsione disposta dal prefetto ai sensi dell'art. 13 comma 2, TU immigrazione, onde si riscontra una sovrapposizione – tendenzialmente completa – della disciplina penale a quella amministrativa».

Dall'altra parte, tuttavia, «alla luce della complessiva configurazione della norma in esame, il Legislatore mostra di considerare l'applicazione della sanzione penale come un esito "subordinato" rispetto alla materiale estromissione dal territorio nazionale dello straniero ivi illegalmente presente, come è confermato dall'esclusione del nulla osta e dalle disciplina relativa alla sentenza di non luogo a procedere per avvenuto allontanamento e dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva».

Tale assetto normativo, continua il Giudice delle Leggi, trova la sua *ratio* nel «diminuito interesse dello Stato alla punizione di soggetti ormai estromessi dal proprio territorio, non comporta ancora, tuttavia, che il procedimento penale per il reato in esame sia destinato, a priori, a rappresentare un mero "duplicato" del procedimento amministrativo di espulsione (di norma, per giunta, più celere): e ciò, a tacer d'altro, per la ragione che – come l'esperienza attesta – in un largo numero di casi non è possibile, per la pubblica amministrazione, dare corso all'esecuzione dei provvedimenti espulsivi».

In via di estrema sintesi, la sentenza 250 del 2010, pur riconoscendo la sovrapposibilità tra sanzione penale e misure amministrative e la subordinazione della prima alla seconda, ciononostante esclude violazioni del principio di ragionevolezza. Tuttavia da una lettura sistematica della contravvenzione ex art. 10-bis, TU immigrazione, emerge che la sanzione penale risulta asservita ai rimedi di natura amministrativa, indice da cui è possibile rilevare

l'intrinseca irragionevolezza della norma incriminatrice e, insieme, la sua incompatibilità con i principi di ragionevolezza e sussidiarietà¹⁴⁸.

Relativamente alla natura della fattispecie incriminatrice disciplinata dall'art. 10-bis, la dottrina ha formulato numerose osservazioni circa la struttura della contravvenzione in esame.

In primo luogo, desta perplessità l'equiparazione in termini di disvalore di due condotte affatto diverse: l'ingresso e il trattenimento. La prima integra un reato istantaneo, che si realizza attraverso una azione positiva. La seconda condotta, ovvero il trattenimento, ha natura di reato permanente in ragione della sopravvenuta situazione di illegalità del soggiorno a cui lo straniero con il suo comportamento non pone fine. Si tratta di due fattispecie tra di loro alternative per cui è evidente che non ci si trova davanti alle norme penali c.d. miste¹⁴⁹, e pertanto le due condotte non possono concorrere tra loro. La qualificazione della condotta di trattenimento come omissiva la colloca nell'illecito di pura omissione (ossia nel mancato allontanamento). Qualificazione questa che pone problematiche interessanti circa la relazione con l'art. 14, comma 5-ter. Quest'ultimo presuppone un provvedimento certificativo della condizione di irregolarità dello straniero con cui il questore ordina di lasciare allo straniero, entro 5 giorni, il territorio dello Stato.

Ritenendo, pertanto la condotta in esame omissiva, appare del tutto incoerente che a fronte di una analoga condotta nell'art. 10-bis, il Legislatore non abbia provveduto ad indicare un termine entro cui adempiere a differenza di quanto previsto nell'art. 14, comma 5-ter per il mancato allontanamento¹⁵⁰. Se, per omogeneità della situazione sottostante, il trattenersi di cui all'art. 10-bis, comma 1, TU immigrazione, venisse qualificato allo stesso modo, si registrerebbe un difetto di tassatività nella mancata previsione di un termine per adempiere.

4) Conclusioni: la Direttiva Rimpatri verso il futuro

La Direttiva Rimpatri recante «norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare», concepita come parte della politica comune in materia di immigrazione illegale, mira ad armonizzare le procedure amministrative di rimpatrio degli immigrati irregolari attraverso un bilanciamento tra

148A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale*, in *Diritto penale e processo*, 10, 2010, p. 1187.

149Come è noto si parla di norme penali miste quando si realizzano più ipotesi delineate nella stessa disposizione penale e si ammette, ai fini della punibilità, il concorso tra le stesse.

150A. CAPUTO, *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, in *Gli Speciali, Diritto penale e processo*, Milano 1, 2009, p. 11.

l'obiettivo di garantire l'effettività dei rimpatri e la doverosa tutela dei diritti fondamentali dei cittadini extracomunitari, tra cui la libertà personale. La Direttiva Rimpatri concorre a definire la politica di rimpatrio dell'Unione Europea, concepita come parte della politica comune in materia di immigrazione illegale, a sua volta «elemento integrante della politica comunitaria globale di immigrazione e di asilo»¹⁵¹.

Invero, è possibile osservare che l'Unione Europea non ha adottato in questa materia una regolamentazione organica ma, al contrario, ha fatto ricorso normative settoriali, volte a disciplinare segmenti specifici come i visti, taluni aspetti dell'ingresso, i controlli alle frontiere e altre misure relative alla gestione dell'immigrazione¹⁵².

Numerosi sono stati i punti di disaccordo relativamente al dato contenutistico della Direttiva emersi sia in seno al Consiglio dell'Unione Europea sia tra Consiglio e Parlamento europeo, quest'ultimo partecipante come coo-decisore ai sensi dell'art. 251 TCE.

Come è accaduto con molte altre direttive in materia di immigrazione e di asilo, la Direttiva Rimpatri risulta di armonizzazione minima.

Molteplici disposizioni sono, infatti, formulate in termini di opzione lasciando gli Stati liberi di adottarle o scegliere tra soluzioni alternative. È inoltre rimessa agli Stati la possibilità di mantenere in vigore le disposizioni nazionali se più favorevoli purché non in contrasto con le previsioni della Direttiva.

151A. ADINOLFI, *Linea comune sul rimpatrio dei clandestini indebolita dall'ampia flessibilità normative*, in Guida al diritto, 2008, 28, pp. 6-7; A. BALDACCINI, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, pp. 1-17

152La stessa materia dell'allontanamento è costituita da diversi atti ed in particolare dalla direttiva 2001/40/CE sul riconoscimento reciproco delle decisioni di espulsione alla quale ha fatto seguito la decisione 2004/191/CE che definisce criteri e modalità pratiche per la compensazione degli squilibri finanziari, dalla direttiva 2003/110/CE sull'assistenza nell'ambito dei provvedimenti di espulsione per via aerea, dalla decisione 2004/573/CE del 29 aprile 2004 sui voli congiunti per l'esecuzione delle espulsioni e dalla decisione 2007/575/CE istitutiva del Fondo europeo per il rimpatrio. Taluni di questi aspetti della politica di rimpatrio erano già disciplinati dalla Convenzione di Schengen: in particolare la direttiva qui in commento incide sugli artt. 23 e 24 di tale Convenzione che risultano pertanto sostituiti.

Sull'evoluzione della politica comune dell'Unione in materia di immigrazione si vedano, tra gli altri, B. NASCIMBENE-E. M. MAFROLLA, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e di asilo*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2002, p. 13 ss.; L. SCAGLIOTTI, *Le politiche comuni di asilo e immigrazione*, in G. AMATO- E. PACIOTTI (a cura di), *Verso l'Europa dei diritti. Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Bologna, 2005, p. 59 ss.; C. FAVILLI, *La politica dell'Unione europea in materia di immigrazione*, in *Tutela*, 2006, p. 85 ss.; V. SCALIA, *L'espulsione dello straniero alla prova degli obblighi internazionali di protezione dei diritti fondamentali*, in *Indice penale*, 2010, p. 846 ss.

Sotto un profilo schematico nella Direttiva si possono individuare tre tipologie di disposizioni. Da una parte vi è un nucleo di norme obbligatorie per le quali gli Stati possono solo esercitare la discrezionalità tipica della Direttiva, vale a dire di stabilire le forme e i mezzi ritenuti più idonei per conseguire l'obiettivo obbligatorio da essa disposto. Dall'altra vi è un altro gruppo di norme che stabiliscono obiettivi che spetta però agli Stati nella fase di attuazione decidere se recepire o meno. Infine in virtù della clausola di salvaguardia delle norme nazionali più favorevoli, la Direttiva consente di mantenere in vigore o di introdurre disposizioni più favorevoli, delimitando così il campo di intervento del Legislatore nazionale, sia verso il basso, in quanto la Direttiva fissa la tutela "minima", sia verso l'alto per cui gli Stati membri possono intervenire, prevedendo un trattamento diverso, purché questo risulti più favorevole.

Proprio l'eterogeneità del contenuto ha suscitato aspre polemiche da parte di numerose organizzazioni non governative, le quali ne hanno criticato la severità e la minaccia alla tutela dei diritti fondamentali, in particolare relativamente alla durata del trattenimento ai fini dell'allontanamento¹⁵³.

Si deve poi ricordare che il Regno Unito, Stato che gode del beneficio della clausola dell'*opt-in*, ha deciso di non aderire non ritenendo che la Direttiva in questione offra un sistema di allontanamento sufficientemente forte ed efficace.

Cominciando l'esame del quadro normativo di riferimento dalla disciplina comunitaria, la stessa intende dettare «norme chiare, trasparenti ed eque per definire una politica di rimpatrio efficace, quale elemento necessario di una politica di immigrazione correttamente gestita»; in particolare, attraverso l'introduzione di «un corpus orizzontale di norme, applicabili a tutti i cittadini di paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in uno Stato membro».

La *ratio* della Direttiva, come enunciata dal Considerando n. 2, è quella di garantire «un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità». Nel preambolo della Direttiva si riconosce che «è legittimo che gli Stati membri procedano al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, purché esistano regimi in materia di asilo equi ed efficienti che rispettino pienamente il principio di *non-refoulement*».

Al tempo stesso, si sottolinea la necessità che il rimpatrio avvenga secondo «una procedura equa e trasparente osservando pienamente le disposizioni applicabili della presente

¹⁵³Per una ricostruzione delle vicende che hanno interessato l'emanazione della Direttiva Rimpatri si rinvia A. ALGOSTINO, *La direttiva "rimpatri, la fortezza Europa alza le mure*, in www.forumcostituzionale.it, pp. 1-7.

Direttiva» le quali stabiliscono «garanzie giuridiche minime comuni sulle decisioni connesse al rimpatrio per l'efficace protezione degli interessi delle persone interessate»

In linea con l'enunciata *ratio* della Direttiva, il rimpatrio volontario è preferito a quello coattivo e dovrà essere attuato mediante la notifica all'interessato di una decisione di rimpatrio con cui gli si assegna un termine di regola compreso tra 7 e 30 giorni per la partenza volontaria (art. 7 della Direttiva).

Ai sensi dell'art. 3, punto 4, della Direttiva Rimpatri si intende per decisione di rimpatrio, «una decisione o un atto amministrativo o giudiziario che attesti o dichiari l'irregolarità del soggiorno di un cittadino di paesi terzi e imponga o attesti l'obbligo di rimpatrio».

L'articolo 8 della Direttiva stabilisce che, soltanto laddove l'interessato non sia partito volontariamente, i paesi membri possono adottare tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio, eventualmente previa emanazione di una decisione o un atto amministrativo o giudiziario che ordini l'allontanamento (si tratta, in sostanza, dell'accompagnamento coattivo alla frontiera). Si precisa, tuttavia, che ove gli Stati ricorrano – quale *extrema ratio* – all'adozione di misure coercitive per allontanare lo straniero che opponga resistenza, queste devono essere proporzionate e non devono eccedere un uso ragionevole della forza.

Infine, ove non sia possibile eseguire immediatamente l'allontanamento coattivo e non possano «essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive» (come l'obbligo di presentarsi periodicamente all'autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo), potrà essere disposto il trattenimento dello straniero al solo scopo di «preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento», come stabilito dall'art. 15 della Direttiva.

Da quanto detto è già possibile cogliere l'obbiettivo centrale della Direttiva Rimpatri ovvero quello di tutelare lo straniero. Il fine mediato, se pur non immediato consistendo quest'ultimo in una armonizzazione delle procedure per assicurare l'effettività dei rimpatri dei cittadini extracomunitari, è proprio quello di garantire lo straniero¹⁵⁴.

Non si comprenderebbe altrimenti la disposizione di cui all'art. 4 della Direttiva medesima laddove si dispone che la Direttiva lascia impregiudicate tutte «le disposizioni più favorevoli» per lo straniero già previste dagli accordi internazionali nonché dall'*acquis* comunitario¹⁵⁵. In tale ottica la possibilità di intervento degli Stati membri è circoscritto all'introduzione di norme più favorevoli.

¹⁵⁴F. VIGANÒ, *Disapplicazione dell'art. 14, co. ter e quarter: sette repliche ed altrettante obiezioni*, cit.

¹⁵⁵Questa clausola consente ad esempio di mantenere in vigore gli accordi bilaterali di riammissione conclusi dagli Stati membri al fine di consentire l'effettiva esecuzione dell'allontanamento degli stranieri espulsi.

Ciò risulta evidente soprattutto se si rammenta che il TCE, all'art. 63, afferma che le misure adottate in questo settore non ostano a che gli Stati membri mantengano o introducano «disposizioni nazionali compatibili con il presente Trattato e con gli accordi internazionali»¹⁵⁶. Per quanto riguarda la disciplina dei rimpatri allora non basta che le norme introdotte dal Legislatore nazionale siano compatibili ma devono essere anche più favorevoli.

Relativamente ai soggetti a cui è applicabile la Direttiva Rimpatri, l'art. 2 dopo aver sancito l'applicazione generalizzata ai cittadini di paesi terzi che si trovino in soggiorno irregolare, all'art. 2, paragrafo 2, lett. a) attribuisce la facoltà in capo agli Stati di escluderne l'applicazione ai cittadini di paesi terzi «sottoposti a respingimento alla frontiera o che comunque siano fermati in occasione dell'attraversamento irregolare e che non abbiano successivamente ottenuto un'autorizzazione al soggiorno».

La Direttiva può quindi essere applicata alle ipotesi di espulsione in senso stretto, lasciando gli Stati liberi di mantenere la propria normativa e di non modificarla in relazione alle fattispecie di respingimento in caso di ingresso irregolare che, come noto, costituiscono una delle ipotesi più critiche di allontanamento.

Si tratta pertanto di soggetti che non abbiano ancora fatto ingresso nel territorio nazionale, in base al generale principio di diritto internazionale generale, secondo cui lo Stato è libero di ammettere e allontanare lo straniero, il quale precedentemente all'ingresso non può vantare alcun diritto, a differenza di quanto sia avvenuto l'ingresso nel territorio¹⁵⁷.

La summenzionata disposizione consente ad esempio all'Italia di non applicare la Direttiva Rimpatri ai respingimenti via mare, spesso oggetto di attenzione da parte dell'opinione pubblica per la drammaticità della situazione in cui si trovano i migranti.

La Direttiva Rimpatri delimita con precisione il proprio ambito di operatività, stabilendo, altresì, che le proprie disposizioni non si applichino agli stranieri sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale in conformità della legislazione nazionale o sottoposti a procedure di estradizione.

La Direttiva deve essere quindi applicata, escluse le ipotesi di respingimento alla frontiera, alle procedure amministrative di espulsione in senso stretto che costituiscono l'oggetto dell'armonizzazione comunitaria.

Particolare attenzione deve essere prestata all'art. 2, paragrafo 2, lett. b), che, come accennato, consente di escludere dall'ambito di applicazione gli stranieri sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale in conformità della legislazione nazionale o sottoposti a procedure di estradizione.

¹⁵⁶C. FAVILLI, *La Direttiva Rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini dei paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it, fascicolo 2, 2009, pp. 1-10.

¹⁵⁷T. BALLARINO con la collaborazione di A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, III ed., Cedam, Padova, 1999, pag. 30.

La norma *de quo* potrebbe essere interpretata in modo tale da determinare una limitazione considerevole dell'ambito di applicazione della Direttiva, qualora la si intendesse riferita anche alla sanzione penale conseguente al reato di ingresso irregolare, prevista come è noto nell'ordinamento italiano dall'art. 10-bis TU immigrazione.

Se si ritenesse compresa nell'art. 2, paragrafo 2, lett. b) anche la fattispecie del reato di ingresso irregolare si rischierebbe di vanificare lo scopo stesso dalla Direttiva.

È tuttavia da escludere, a parere di chi scrive, una siffatta interpretazione, sulla base dei principi generali del diritto comunitario.

La direttiva comunitaria obbliga, infatti, gli Stati a conseguire gli obblighi da essa stabiliti, lasciandoli comunque liberi di scegliere le forme ed i mezzi più adeguati a tale scopo. Si tratta tuttavia, di una discrezionalità limitata dal rispetto dei principi generali espressi dal Trattato della leale cooperazione e dell'effetto utile¹⁵⁸.

Considerando che l'interpretazione estensiva dell'art. 2 paragrafo 2, lett. b) violerebbe il principio generale dell'effetto utile, occorre accedere ad una lettura restrittiva della norma in parola. Pertanto occorre interpretare la norma nel senso di permettere al legislatore nazionale di escludere l'applicazione della Direttiva solo i casi in cui essa è conseguenza di fattispecie penale diverse dall'ingresso o dal soggiorno irregolare.

Valgano infatti due considerazioni: da una parte l'ingresso ed il soggiorno è proprio la condotta che presuppone l'irregolarità dello straniero e quindi il rimpatrio; dall'altra l'espulsione è la conseguenza dell'ingresso e del soggiorno irregolare e non del reato o della sanzione penale che è invece a sua volta conseguenza dell'ingresso e del soggiorno irregolare.

La Corte costituzionale, relativamente al rapporto tra Direttiva Rimpatri e art. 10-bis ha invece adottato una tesi diversa, diretta ad ammettere la compatibilità tra la disposizione in parola e la Direttiva stessa. Sulla compatibilità della Direttiva Rimpatri con il TU immigrazione si è espressa, se pur in via incidentale, la Corte costituzionale nella sentenza n. 250, 8 luglio, 2010.

In particolare il giudice di pace di Lecco aveva sollevato la questione costituzionalità proprio relativamente all'art. 10-bis «giacché la configurazione come reato di qualunque ingresso o

¹⁵⁸Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto comunitario si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (Cfr. in particolare, sentenze 17 novembre 1983, causa 292/82, *Merck*, Racc. pag. 3781, punto 12, e 21 febbraio 1984, causa 337/82, *St. Nikolaus Brennerer*, Racc. pag. 1051, punto 10). Si deve rilevare poi che, allorché una disposizione di diritto comunitario è suscettibile di svariate interpretazioni delle quali una sola idonea a salvaguardare l'effetto utile della norma, è a questa che occorre dare priorità (cfr. in questo senso la sentenza 22 settembre 1988, causa 187/87, *Land de Sarre e a.*, Racc. pag. 5013, punto 19).

soggiorno illegale nello Stato mirerebbe ad eludere la direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008 e a rendere operante la deroga prevista dall'art. 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva stessa per i casi in cui il rimpatrio costituisca "sanzione penale" o "conseguenza di una sanzione penale". Riteneva il giudice remittente che la facoltà degli Stati membri di non applicare la citata direttiva ai «cittadini di paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale» (art. 2, paragrafo 2, lettera b) dovrebbe ritenersi riferita, per non svuotare di senso la direttiva stessa, esclusivamente alle fattispecie penali diverse dall'ingresso o dal soggiorno irregolare».

La Corte costituzionale ha escluso la violazione dell'art. 117, comma primo, Cost. per contrasto dell'art. 10-bis TU immigrazione con la Direttiva Rimpatri, segnatamente nella parte in cui quest'ultima prefigura come modalità ordinaria di esecuzione delle decisioni di rimpatrio la fissazione di un termine per la partenza volontaria. Tuttavia la Corte costituzionale aggiunge qualcosa di significativo: e cioè che il contrasto con la Direttiva Rimpatri «non deriverebbe comunque dall'introduzione del reato oggetto di scrutinio, quanto piuttosto dal mantenimento delle norme interne preesistenti che individuano nell'accompagnamento coattivo alla frontiera la modalità normale di esecuzione dei provvedimenti espulsivi». Il riferimento è naturalmente all'art. 13, comma 4, TU immigrazione e cioè alla norma che prevede che «l'espulsione è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica». Tale inciso risulta particolarmente degno di attenzione in quanto evidenzia che «il contrasto interesserebbe non tanto la contravvenzione in oggetto, quanto più in generale l'assenza di gradualità nelle forme di allontanamento coattivo». Le conclusioni della Corte costituzionale non esauriscono, tuttavia, come sottolineato dalla dottrina, i profili problematici relativi al rapporto tra il reato di ingresso e soggiorno illegale e la Direttiva Rimpatri.



A lezione di... diritto amministrativo

La giurisdizione della Corte dei conti sui periti e sui consulenti con funzioni pubbliche "delegate".

di Alberto Mingarelli, Vice procuratore generale
presso la Procura regionale per il Veneto della Corte dei conti

Sono intervenute recentemente due pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione che hanno riconosciuto la giurisdizione sui periti che hanno contribuito a generare un danno erariale. La prima pronuncia è stata quella dell'ordinanza **9-06-2011 n. 12539** che ha fatto seguito a due pronunce della Corte dei conti di primo e secondo grado.

Il fatto da cui scaturiva il danno era il procedimento con cui la Regione Sicilia aveva acquistato un immobile per rappresentanza in Roma.

La Procura aveva chiamato a rispondere del danno il Presidente della Regione Siciliana, il direttore applicato alla Direzione del personale e dei servizi generali della Presidenza della Regione Siciliana, un dirigente coordinatore in servizio presso l'Ispettorato Tecnico della Regione Siciliana, funzionario dell'Ufficio Tecnico Erariale di Roma e direttore dell'Ufficio Tecnico Erariale di Roma.

La Sezione giur. Sicilia con sentenza n. 1374 del 20 maggio 2008 riconosceva la responsabilità del perito dell'UTE di Roma ritenendo ravvisabile nello stesso un **rapporto di servizio in senso lato rispetto all'ente danneggiato ossia la Regione Sicilia**.

Detto funzionario a seguito di una espressa richiesta della Regione Siciliana, è intervenuto nel procedimento dell'acquisizione dell'immobile, sia in termini di valutazione, rendendo il richiesto parere di congruità, sia redigendo il verbale di consistenza dell'immobile medesimo al momento della presa in consegna da parte dell'amministrazione regionale.

In tal modo secondo la Sez. Giurisdizionale siciliana si stabiliva quella relazione funzionale che nello specifico caratterizza un rapporto di servizio, in senso lato, con la Regione Siciliana.

Il primo giudice concludeva che lo stesso ha strumentalizzato le proprie funzioni, concorrendo con altri soggetti alla causazione di un inutile esborso a carico delle casse regionali, considerando che la provvista per il pagamento della tangente da parte della

proprietà dell'immobile si è ripercorsa sul prezzo d'acquisto.

La Sezione d'Appello per la Sicilia con decisione del 3.5.2010 tuttavia proscioglieva parzialmente il perito dell'UTE di Roma, per il profilo della condanna per il danno all'immagine della Regione Sicilia, osservando che lo stesso poteva aver leso l'immagine della sua amministrazione (evidentemente diversa dalla Regione Sicilia).

La Cassazione nella pronuncia che ne seguiva, ossia la n. 12539 del 9-06-2011 ha evidenziato come, all'epoca dei fatti, ossia nel 1991, non era ancora entrata in vigore la L. 14 gennaio 1994, n. 20, che ha esteso la giurisdizione della Corte dei conti alla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche per il caso in cui il danno fosse stato cagionato ad enti o amministrazioni diverse da quelli di appartenenza.

La Cassazione osservava inoltre che, perchè sussista la giurisdizione della magistratura contabile in relazione a fatti commessi dagli amministratori e dipendenti pubblici anteriormente alla L. n. 20 del 1994, deve essere configurabile una loro responsabilità patrimoniale amministrativa, basata **sull'esistenza di un rapporto di servizio tra l'autore del danno e l'ente danneggiato e sui doveri ad esso inerenti**, ricadendo invece nella **giurisdizione ordinaria la responsabilità extracontrattuale verso enti con cui manca tale rapporto di servizio** (Cass. sez. un. 30 gennaio 2003, n. 1472; 25 ottobre 1999, n. 744; 14 maggio 1998, n. 4874; 9 settembre 2008, n. 22652).

In questo secondo caso, il soggetto esterno resta tale, **ma è inserito per la quota di attività che dedica alla pubblica amministrazione, nell'organizzazione funzionale dell'amministrazione o dell'ente** (e ad ogni altra attività restando estranee le regole pubblicistiche della responsabilità).

Solo in questi termini si può ritenere esistere un'ipotesi di inserimento della prestazione resa dal soggetto (pure formalmente estraneo all'amministrazione) nell'attività propria della p.a., che la riceve sulla base di consensi formali o di fatto.

La Cassazione ricorda come a volte si sia parlato di "responsabilità patrimoniale amministrativa di natura contrattuale", rientrante nella giurisdizione della Corte dei conti, contrapposta a **responsabilità extracontrattuale verso enti terzi**, con cui non vi è alcun legame giuridico o di fatto, sottoposta invece alla giurisdizione ordinaria (Cass. S.U. 25.2.2010, n. 4549).

Nella fattispecie la Cassazione rilevava che il funzionario, per quanto non dipendente della Regione Sicilia ma funzionario dell'Ufficio Tecnico erariale di Roma, a seguito della richiesta espressa della regione Sicilia, **era intervenuto nel procedimento dell'acquisizione dell'immobile** sia effettuando una **perizia estimativa** dello stesso, rendendo il parere di congruità ai sensi della circolare ministeriale n. 5 del 5.2.1990, sia partecipando al **verbale di consistenza dell'immobile** medesimo al momento della presa in consegna da parte di un

rappresentante della regione, e dunque, stabilendo quella **relazione funzionale** che caratterizza un rapporto di servizio, inserendosi funzionalmente nella attività propria dell'Ente regionale.

Di nessun rilievo è poi l'osservazione del ricorrente, secondo cui l'attività svolta non era obbligatoria, ma facoltativa, poichè le regioni "*possono avvalersi degli Uffici UTE*".

Infatti ciò attiene alla scelta iniziale della regione sul punto *se avvalersi dell'attività del funzionario dell'UTE o di un funzionario del proprio ufficio tecnico o di un libero professionista*.

Concludeva la Cassazione: allorchè la Regione Sicilia ha effettuato la scelta del soggetto con cui instaurare il rapporto funzionale per quella specifica attività, **anche ove questo soggetto sia estraneo alla p.a.**, si instaura un rapporto di servizio relativamente all'attività effettivamente prestata dal soggetto e ricevuta dall'Ente.

La seconda pronuncia delle SS.UU. della Cassazione è l'**ordinanza 4 gennaio 2012 n. 11**.

A monte di questa vicenda c'è anche in questo caso un fatto molto grave oggetto di un procedimento penale.

Un procuratore della Repubblica aveva posto in essere una sistematica attività delittuosa consistita nel conferimento di incarichi per l'espletamento di inutili consulenze tecniche fiscali sulle società di capitale della zona in difetto di qualsiasi presupposto ed al solo scopo di percepire dai consulenti una frazione dei compensi professionali da lui stesso liquidati.

Dopo di che si instaurarono procedimenti penali (oltre che nei confronti del procuratore e del dirigente della segreteria) nei confronti dei numerosi dottori commercialisti che avevano svolto gli incarichi collegiali di consulenza nella partecipe consapevolezza della inutilità della loro attività, percependo negli anni tra il 2000 ed il 2005, complessivamente, circa sedici milioni di euro (e restituendone il 20% a persona che provvedeva poi a consegnare la metà dell'importo al predetto procuratore).

I procedimenti penali si esaurirono con l'applicazione concordata della pena o con condanna pronunciata a seguito di rito abbreviato per i reati di associazione a delinquere (commessi da alcuni), di corruzione e di truffa aggravata ai danni dello Stato. Vennero disposte confische per equivalente ex artt. 322 *ter* e 640 *quater* c.p.

Nel procedimento di danno erariale presso la Procura e la Sezione Giurisdizionale per il Piemonte venne prima attivato un sequestro sui beni dei convenuti.

Su richiesta della Procura Regionale della Corte dei Conti per il Piemonte, il Presidente di quella Sezione giurisdizionale dispose il sequestro conservativo di beni dei **consulenti** per gli importi che si assumevano da ciascuno dovuti. Il decreto di sequestro nei confronti dei professionisti fu **revocato** dal giudice designato (anche) per ritenuta insussistenza di un rapporto di servizio fra gli stessi e la pubblica amministrazione, ma il **sequestro** fu poi **confermato** dalla Sezione giurisdizionale della Corte di Conti che, adita in sede di reclamo

avverso l'ordinanza del Giudice designato, ritenne invece configurabile un rapporto di servizio fra l'amministrazione della giustizia ed i consulenti tecnici del pubblico ministero.

Promossa azione di responsabilità dalla Procura Regionale innanzi alla Sezione giurisdizionale per il Piemonte ed eccepito il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti da parte dei convenuti, il Procuratore Regionale propose ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione chiedendo che fosse affermata la giurisdizione della Corte dei Conti.

Nell'**ordinanza n. 11 del 4.1.2012** osservava la **Cassazione** che la questione si fondava sulla sussistenza o meno di un rapporto di servizio fra l'amministrazione statale della giustizia ed il consulente tecnico del pubblico ministero nel processo penale.

L'art. 359 cod. proc. pen. stabilisce, al primo comma, che "*il pubblico ministero, quando procede ad accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze, può nominare ed avvalersi di consulenti, che non possono rifiutare la loro opera.*"; e, al secondo comma, che "*il consulente può essere autorizzato dal pubblico ministero ad assistere a singoli atti di indagine*".

Aggiunge la Cassazione come non esista dubbio che il consulente possa compiere egli stesso atti di indagine, alla presenza o per conto del pubblico ministero e che, al contrario di quanto accade per i consulenti dell'imputato o delle altre parti private, abbia il dovere della verità, benché non risponda del reato di falsa perizia o interpretazione di cui all'art. 373 cod. pen.

Quel che assume determinante rilievo è che egli è abilitato a svolgere un'attività tipica del pubblico ministero, che quegli potrebbe compiere direttamente se avesse le specifiche competenze volta a volta necessarie; sicché, pur se nei limiti posti dalla disposizione che ne contempla la nomina, il consulente tecnico del pubblico ministero concorre oggettivamente all'esercizio della funzione giudiziaria nella fase delle indagini preliminari.

La possibilità per il pubblico ministero di disattendere le valutazioni del suo consulente è ritenuto dalla Cassazione un elemento del tutto neutro ai fini della connotazione pubblicistica del rapporto di cooperazione, sussistendo tale possibilità anche per il perito nominato dal giudice nel processo penale e per il consulente tecnico d'ufficio nel giudizio civile;

Quanto alla circostanza per cui la Cassazione ha escluso che egli sia un ausiliario del pubblico ministero per affermarne l'estraneità all'ambito applicativo del divieto di testimoniare di cui all'art. 197, lettera d), cod. pen., essa non assume valenza ostativa alla **qualificazione del rapporto di collaborazione come rapporto di servizio**, essendosi in quelle occasioni fatto riferimento al concetto di ausiliario in senso tecnico, come a colui che appartiene al personale della segreteria o della cancelleria dell'ufficio giudiziario e non già ad un soggetto estraneo all'amministrazione giudiziaria che si trovi a svolgere, di fatto ed

occasionalmente, determinate funzioni previste dalla legge, (così Cass. pen., n. 8377/2008, cui *adde*, *ex coeteris*, Cass. pen., n. 14734/2004).

Aggiunge la Cassazione che lo svolgimento di attività che, "**altrimenti**", **avrebbero dovuto essere compiute dalla stessa pubblica amministrazione** basta a postulare l'esistenza di un rapporto di servizio che, per giurisprudenza ormai consolidata, ricorre ogni qual volta un soggetto venga investito del compito di porre in essere un'attività dell'amministrazione **(senza che a tal fine rilevi la natura pubblica o privata del soggetto stesso e la fonte della sua investitura)**. E s'è anche affermato che interpretazioni restrittive delle disposizioni che fissano l'ambito della giurisdizione del giudice contabile appaiono tanto meno giustificabili quanto più siano suscettibili di risolversi nella restrizione del numero degli obbligati a risarcire il danno in definitiva provocato all'intera comunità, addirittura per scopi criminosi (così Cass., sez. un., n. 23332/2009).

La Cassazione concludeva che deve configurarsi **un rapporto di servizio tra il consulente tecnico del pubblico ministero e l'amministrazione statale della giustizia**, con la conseguente affermazione della giurisdizione della Corte dei conti ai sensi dell'art. 52 del r.d. n. 1214 del 1934 in ordine all'azione iniziata.

Considerazioni conclusive

Le due pronunce delle SS.UU. della Cassazione appaiono senz'altro importanti e sembrano dare delle risposte per varie situazioni che possono porsi oggi sempre più frequentemente nei procedimenti di danno erariale.

Sono certamente frequenti le situazioni in cui un danno erariale sia causato da un atto di acquisto o di vendita di beni da parte di pubbliche amministrazioni (non solo immobili ma anche quote di società o rami aziendali) che viene preceduto da una stima effettuata in modo volontariamente scorretto ovvero negligente .

In questi casi la responsabilità non può riguardare solo i soggetti che hanno deliberato l'atto di acquisto o di vendita, ovvero stipulato il rogito notarile in nome e per conto dell'ente pubblico, lasciando sostanzialmente immune il tecnico che con la sua perizia ha fortemente condizionato il prezzo a cui è stata conclusa l'operazione che ha causato il danno erariale, sia lo stesso tecnico un funzionario di un ufficio tecnico ovvero un libero professionista incaricato.

L'irresponsabilità dei tecnici appare stridere con il principio di esclusività della gestione dei funzionari e dirigenti, ossia del corpo burocratico della P.A. che è stato recepito dalle riforme amministrative degli anni '90 a partire dalla legge 142 del 1990.

L'esclusione dalla giurisdizione della Corte dei conti del perito a favore del giudice ordinario – a cui si dovrebbe rivolgere con un'autonoma azione civile l'ente danneggiato magari amministrato proprio dai convenuti nel giudizio contabile – renderebbe il giudizio di danno

erariale in un certo senso "monco", ossia privo della possibilità di verificare una componente fondamentale del procedimento amministrativo cui ha fatto seguito il danno erariale.

La Cassazione dice ora in sostanza che è indifferente se a fare la stima sia stato un funzionario appartenente all'organico dell'ente che è parte contrattuale (nella specie era la Regione Sicilia che comprava un immobile) o un funzionario di altro ente pubblico come l'UTE, o un libero professionista. Queste ulteriori figure una volta incaricate vengono comunque inserite in un rapporto di servizio (relazione funzionale rispetto al procedimento di acquisto) relativamente all'attività effettivamente prestata dagli stessi soggetti e ricevuta dall'Ente.

Nell'altro caso dell'ordinanza del 2012 la Cassazione pare ancora più sensibile a questa istanza di completezza del procedimento di danno erariale.

E' vero che il consulente del procuratore della Repubblica non è un consulente qualsiasi e che la legge gli riconosce alcuni poteri del magistrato che lo ha incaricato.

Ma se in una esternalizzazione di servizi pubblici un ente pubblico incarica un consulente attribuendogli sostanzialmente poteri propri, forse non si arriva a realizzare la qualificazione del rapporto di collaborazione come rapporto di servizio e dunque a ritenere estesa a tale consulente la giurisdizione della Corte dei conti?

Del resto in un'amministrazione pubblica dove l'utilizzo degli strumenti privatistici e di soggetti privati è sempre più frequente ed in un certo senso *liberalizzato* dalla legge (se si tiene presente il disposto dell'art 1-bis della legge 241/1990 introdotto dall'art. 1, comma 1 lettera b) della legge 15- 2005: *La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*), deve incanalarsi verso i soggetti sostanzialmente pubblici anche la responsabilità amministrativa.

Non deve prevalere una logica meramente formale che, per variabili incidentali attinenti ai diversi soggetti che esercitano un servizio pubblico, o alle modalità con cui viene concretamente gestito, finisca per sottrarre coloro che hanno causato i danni alle loro responsabilità amministrative verso l'ente danneggiato.

La Cassazione nella sentenza del 2012 ci ha ricordato che vige una regola accrescitiva e non riduttiva nelle responsabilità amministrative.

Seguendo la logica dell'ordinanza n. 11/2012 potrebbe essere riconosciuta la natura di servizio pubblico con nesso funzionale anche ad attività che sempre più spesso vengono attribuite ad avvocati o commercialisti dagli enti, per svolgere fasi prodromiche ad atti amministrativi.

La prassi pluriennale delle Procure della Corte dei conti ci mostra come l'intervento consulenziale del libero professionista più o meno prestigioso mira spesso sostanzialmente a deresponsabilizzare almeno in parte l'amministratore, che decide poi con proprio atto

amministrativo, ma che nel giudizio di danno erariale invocherà l'assenza della colpa grave per essersi affidato incolpevolmente a quell'attività consulenziale.

Se questo è vero, almeno laddove questa attività consulenziale non sia rimasta ad un livello puramente astratto ma si sia caratterizzata per poteri amministrativi delegati, bisogna poterla considerare fonte di responsabilità amministrativa per chi ha prestato la consulenza, per evitare che venga creato un vuoto di responsabilità ossia una sfera artificiale di impunità.

Le due pronunce della Cassazione ci portano alla prospettazione di un procedimento amministrativo che si allarga alle figure che di volta in volta vengono inserite dall'esterno, dando una visione più elastica del funzionario amministrativo che ricorda (e forse supera) quella del c.d. "funzionario di fatto" senza precludere nei confronti dello stesso neppure quel danno all'immagine che - nella prima vicenda - la Sezione d'Appello siciliana ha escluso, osservando che vi doveva essere per lo stesso una relazione funzionale più stretta che non ricorreva con un funzionario di altra amministrazione.

Le norme sul danno all'immagine, a parte la singolare restrizione formale alla sua perseguibilità posta con il c.d. decreto anticrisi del 2009 (ossia la presenza di un reato contro la P.A., - o di un semplice reato secondo parte della giurisprudenza, oltre alla condanna definitiva) non pongono altre condizioni perché lo stesso sussista, pertanto non può ritenersi necessario un legame organico più stretto rispetto a quello di coloro che realizzino un danno erariale patrimoniale di altro tipo.

Del resto non è affatto vero che un reato del funzionario dell'UTE di Roma che ha concorso ad un acquisto a condizioni ingiuste non abbia danneggiato l'immagine della Regione Sicilia che è l'ente su cui sono ricadute le conseguenze dei reati e i danni e su cui si è concentrata l'attenzione dei media.

Ma le due pronunce della Cassazione rimettono in discussione anche la giurisdizione sui *progettisti privati* (ossia gli autori dei progetti esecutivi posti a base di appalti di opere pubbliche che non siano nello stesso procedimento anche direttori dei lavori) che a causa degli errori progettuali abbiano provocato alla stessa un danno erariale sia pure indiretto.

Anche qui si sono avuti casi paradossali in cui le sezioni della Corte dei conti hanno potuto condannare tutti i protagonisti delle vicende generative del danno come i consiglieri comunali, il segretario comunale, il direttore dei lavori, il RUP ma non il progettista che viziosi sin dall'origine il procedimento causando ritardi nella consegna dei lavori o ritardi per le varianti necessarie o altro.

Su questa categoria le SS.UU. della Cassazione in qualche occasione - seguendo un'impostazione formalistica - hanno ritenuto che non vi fosse la giurisdizione della Corte dei conti ma quella del giudice ordinario per cui l'ente pubblico avrebbe dovuto agire autonomamente per chiedere i danni allo stesso.

Ma può evidenziarsi come anche in questi casi (non diversamente da quello dei periti o dei consulenti della procura) si tratta di figure di incaricati che vengono *comunque inseriti in un rapporto di servizio* (relazione funzionale rispetto al procedimento di realizzazione di un'opera pubblica) relativamente all'attività effettivamente prestata dagli stessi soggetti e ricevuta dall'Ente.

Semplificazione, liberalizzazione e privatizzazione

"nomina sunt consequentia rerum"

A cura di

*Davide Nalin (paragrafi 1, 3, 4, 5), Donatella Rocco (paragrafo 2), Luigi Caffaro
(paragrafo 6)*

Direzione e coordinamento: Davide Nalin

Sommario: **1.** *Semplificazione, liberalizzazione e privatizzazione: inquadramento generale;* **2.** *Il fenomeno delle privatizzazioni;* **3.** *Il fenomeno delle liberalizzazioni;* **4.** *Il fenomeno della semplificazione;* **5.** *Il d.l. n. 1/2012: una prima analisi;* **6.** *Liberalizzazioni nella avvocatura o della avvocatura?*

Questo mese, la II^a parte della trattazione in materia di liberalizzazioni, semplificazioni e privatizzazioni in due parti.

La prima parte, generale, pubblicata in *Nuove frontiere del diritto* n. 4 - Aprile (pag. 91 e ss.), ha fornito al lettore le competenze tecniche atte ad orientarsi nelle complesse questioni che hanno sollevato le più recenti riforme.

La seconda parte, pubblicata in questo numero, rappresenta invece una applicazione dei più rilevanti interventi normativi nella materia di riferimento

5. IL D.L. N. 1/2012: UNA PRIMA ANALISI.

Alla luce dei principi sino ad ora riportati, e' possibile soffermare la attenzione sul decreto legge n. 1/2012, convertito con la l.n. 27/2012, considerato alla stregua di un provvedimento miliare nell'ambito delle liberalizzazioni.

Data la complessità del testo di legge in esame, ci si soffermerà su di una analisi degli interventi considerati maggiormente rilevanti.

Orbene, il comma 1 dell'art. 1 del d.l. citato prevede che:

"1 Fermo restando quanto previsto dall'articolo 3 del decreto-legge 13 agosto 2011 n. 138, ((convertito, con modificazioni,)) dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, **in attuazione del principio di liberta' di iniziativa economica sancito dall'articolo 41 della Costituzione e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea**, sono abrogate, dalla data di entrata in vigore dei decreti di cui al comma 3 del presente articolo e secondo le previsioni del presente articolo:

- le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attivit  economica **non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalita'**;
1. **le norme che pongono divieti e restrizioni alle attivita' economiche non adeguati o non proporzionati alle finalita' pubbliche perseguite, nonche' le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalita' economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalita' pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attivita' economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un**

trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti".

Dal testo di legge risulta che il d.l., dopo aver stabilito che la disciplina legislativa dettata è attuativa del principio di libertà della iniziativa economica e del principio di libertà di concorrenza, disciplina alle lettere a) e b) due distinte ipotesi, entrambe riconducibili al fenomeno delle liberalizzazioni. Si tratta, precisamente, della liberalizzazione dell'accesso al mercato (lettera a) e della liberalizzazione nella disciplina dello svolgimento delle attività economiche (lettera b).

Proseguendo con l'analisi dell'art. 1, i commi successivi elevano a regola generale il principio della libertà di iniziativa economica, salva la applicazione dei limiti esterni inderogabili derivanti dall'ordinamento nazionale e comunitario:

*"2. Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed **ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica.***

*3. Nel rispetto delle previsioni di cui ai commi 1 e 2 e secondo i criteri ed i principi direttivi di cui all'articolo 34 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, ((con modificazioni,)) dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, il Governo, previa approvazione da parte delle Camere di una sua relazione che specifichi, periodi ed ambiti di intervento degli atti regolamentari, è autorizzato ad adottare entro il 31 dicembre 2012 uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, **per individuare le attività per le quali permane l'atto preventivo di assenso dell'amministrazione, e disciplinare i requisiti per l'esercizio delle attività economiche, nonché i termini e le modalità per l'esercizio dei poteri di controllo dell'amministrazione**, individuando le disposizioni di legge e regolamentari dello Stato che, ai sensi del comma 1, vengono abrogate a decorrere dalla data di entrata in vigore dei regolamenti stessi. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato rende parere obbligatorio, nel termine di trenta giorni decorrenti dalla ricezione*

degli schemi di regolamento, anche in merito al rispetto del principio di proporzionalità'. In mancanza del parere nel termine, lo stesso si intende rilasciato positivamente.

4... 4bis... 4-ter...

5. ((Sono esclusi dall'ambito di applicazione del presente articolo i servizi di trasporto pubblico di persone e cose non di linea,)) i servizi finanziari come definiti dall'articolo 4 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 e i servizi di comunicazione come definiti dall'articolo 5 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, di attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, e le attività specificamente sottoposte a regolazione e vigilanza di apposita autorità indipendente."

Ciò stabilito da un punto di vista generale, è possibile ora soffermarsi sulla analisi di una prima applicazione dei principi dettati in materia di liberalizzazioni prevista dai primi tre commi dell'articolo 17 secondo cui:

"1. I gestori degli impianti di distribuzione dei carburanti che siano anche titolari della relativa autorizzazione petrolifera **possono liberamente rifornirsi da qualsiasi produttore o rivenditore nel rispetto della vigente normativa nazionale ed europea**. A decorrere dal 30 giugno 2012 eventuali clausole contrattuali che prevedano per gli stessi gestori titolari forme di esclusiva nell'approvvigionamento cessano di avere effetto per la parte eccedente il 50 per cento della fornitura complessivamente pattuita e comunque per la parte eccedente il 50 per cento di quanto erogato nel precedente anno dal singolo punto vendita. Nei casi previsti dal presente comma le parti possono rinegoziare le condizioni economiche e l'uso del marchio.

2. **Al fine di incrementare la concorrenzialità e l'efficienza del mercato anche attraverso una diversificazione nelle relazioni contrattuali tra i titolari di autorizzazioni o concessioni e i gestori degli impianti di distribuzione carburanti**, i commi da 12 a 14 dell'articolo 28 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, sono sostituiti dai seguenti: «12. Fermo restando quanto disposto dal decreto legislativo 11 febbraio 1998, n. 32, e successive modificazioni, e dalla legge 5 marzo 2001, n. 57, in aggiunta agli attuali contratti di comodato e fornitura ovvero somministrazione **possono essere adottate, alla scadenza dei contratti esistenti, o in qualunque momento con assenso delle parti, differenti tipologie contrattuali** per l'affidamento e l'approvvigionamento degli impianti di distribuzione carburanti, nel rispetto delle normative nazionale e europea, e previa definizione negoziale di ciascuna tipologia mediante accordi sottoscritti tra organizzazioni di rappresentanza dei titolari di autorizzazione o concessione e dei gestori maggiormente rappresentative, depositati inizialmente presso il Ministero dello sviluppo economico entro il termine del 31 agosto 2012 e in caso di variazioni successive entro trenta

giorni dalla loro sottoscrizione. Nel caso in cui entro il termine sopra richiamato non siano stati stipulati gli accordi di cui al precedente periodo, ciascuna delle parti può chiedere al Ministero dello sviluppo economico, che provvede nei successivi novanta giorni, la definizione delle suddette tipologie contrattuali. **Tra le forme contrattuali di cui sopra potrà essere inclusa anche quella relativa a condizioni di vendita non in esclusiva relative ai gestori degli impianti per la distribuzione carburanti titolari della sola licenza di esercizio,** purché comprendano adeguate condizioni economiche per la remunerazione degli investimenti e dell'uso del marchio. 12-bis. Nel rispetto delle normative nazionale e europea e delle clausole contrattuali conformi alle tipologie di cui al comma 12, sono consentite le aggregazioni di gestori di impianti di distribuzione di carburante finalizzate allo sviluppo della capacità di acquisto all'ingrosso di carburanti, di servizi di stoccaggio e di trasporto dei medesimi. 12-ter. Nell'ambito del decreto legislativo da emanare, ai sensi dell'articolo 17 della legge 4 giugno 2010, n. 96, per l'attuazione della direttiva 2009/119/CE del Consiglio, del 14 settembre 2009, che stabilisce l'obbligo per gli Stati membri di mantenere un livello minimo di scorte di petrolio greggio e/o di prodotti petroliferi, sono altresì stabiliti i criteri per la costituzione di un mercato all'ingrosso dei carburanti. 13. In ogni momento i titolari degli impianti e i gestori degli stessi, da soli o in società o cooperative, possono accordarsi per l'effettuazione del riscatto degli impianti da parte del gestore stesso, stabilendo un indennizzo che tenga conto degli investimenti fatti, degli ammortamenti in relazione agli eventuali canoni già pagati, dell'avviamento e degli andamenti del fatturato, secondo criteri stabiliti con decreto del Ministero dello sviluppo economico. 14. I nuovi contratti di cui al comma 12 devono assicurare al gestore condizioni contrattuali eque e non discriminatorie per competere nel mercato di riferimento».

3. I comportamenti posti in essere dai titolari degli impianti ovvero dai fornitori allo scopo di ostacolare, impedire o limitare, in via di fatto o tramite previsioni contrattuali, le facoltà attribuite dal presente articolo al gestore integrano abuso di dipendenza economica, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 19. [...]"

Dal punto di vista tecnico, la rubrica dell'art. 17 intitolata "Liberalizzazione della distribuzione dei carburanti" appare parzialmente mentitoria. Nel caso di specie, infatti, il legislatore non realizza né una liberalizzazione (totale o parziale) nell'accesso al mercato né tantomeno una liberalizzazione nelle modalità di svolgimento della attività economica disciplinata, bensì persegue la finalità di incrementare la "concorrenzialità" e l'efficienza del mercato anche attraverso una diversificazione nelle relazioni contrattuali tra i titolari di autorizzazioni o concessioni e i gestori degli impianti di distribuzione carburanti". Dunque, attraverso un ampliamento della libertà contrattuale attuata in seguito all'eliminazione dei contratti di approvvigionamento stipulati in esclusiva, si persegue la finalità di implementare la

concorrenza nel mercato. Pertanto, tecnicamente non si tratta di liberalizzazione, ma di misure a tutela della concorrenza.

La liberalizzazione nelle modalità di esercizio della attività economica e' invece prevista dall'articolo 18 (Liberalizzazione degli impianti completamente automatizzati fuori dei centri abitati del d.l. citato), secondo cui:

" 1. Al comma 7 dell'articolo 28 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, dopo la parola «dipendenti» sono aggiunte le parole «o collaboratori» e sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «Nel rispetto delle norme di circolazione stradale, presso gli impianti stradali di distribuzione carburanti posti al di fuori dei centri abitati, quali definiti ai sensi del codice della strada o degli strumenti urbanistici comunali, **non possono essere posti vincoli o limitazioni all'utilizzo continuativo, anche senza assistenza, delle apparecchiature per la modalita' di rifornimento senza servizio con pagamento anticipato.**»"

Merita soffermare ora l'attenzione sull' art. 36 del d.l. citato (rubricato "Regolazione indipendente in materia di trasporti") che disciplina, per la parte che interessa in tale sede, i servizi di trasporto attuati mediante taxi:

" 1.[...] Comuni e regioni, nell'ambito delle proprie competenze, provvedono, previa acquisizione di preventivo parere da parte dell'Autorita', ad adeguare il servizio dei taxi, nel rispetto dei seguenti principi: 1) **l'incremento del numero delle licenze ove ritenuto necessario anche in base alle analisi effettuate dalla Autorita' per confronto nell'ambito di realta' europee comparabili, a seguito di un'istruttoria sui costi-benefici anche ambientali, in relazione a comprovate ed oggettive esigenze di mobilita' ed alle caratteristiche demografiche e territoriali**, bandendo concorsi straordinari in conformita' alla vigente programmazione numerica, ovvero in deroga ove la programmazione numerica manchi o non sia ritenuta idonea dal comune ad assicurare un livello di offerta adeguato, per il rilascio, a titolo gratuito o a titolo oneroso, di nuove licenze da assegnare ai soggetti in possesso dei requisiti stabiliti dall'articolo 6 della legge 15 gennaio 1992, n. 21, fissando, in caso di titolo oneroso, il relativo importo ed individuando, in caso di eccedenza delle domande, uno o piu' criteri selettivi di valutazione automatica o immediata, che assicurino la conclusione della procedura in tempi celeri. I proventi derivanti dal rilascio di licenze a titolo oneroso sono finalizzati ad adeguate compensazioni da corrispondere a coloro che sono gia' titolari di licenza; 2) **consentire ai titolari di licenza d'intesa con i comuni una maggiore liberta' nell'organizzazione del servizio** sia per fronteggiare particolari eventi straordinari o periodi di prevedibile incremento della domanda e in numero proporzionato alle esigenze dell'utenza, sia per sviluppare nuovi servizi integrativi come il taxi ad uso

collettivo o altre forme; 3) **consentire una maggiore liberta' nella fissazione delle tariffe, la possibilita' di una loro corretta e trasparente pubblicizzazione a tutela dei consumatori**, prevedendo la possibilita' per gli utenti di avvalersi di tariffe predeterminate dal comune per percorsi prestabiliti; 4) migliorare la qualita' di offerta del servizio, individuando criteri mirati ad ampliare la formazione professionale degli operatori con particolare riferimento alla sicurezza stradale e alla conoscenza delle lingue straniere, nonche' alla conoscenza della normativa in materia fiscale, amministrativa e civilistica del settore, favorendo gli investimenti in nuove tecnologie per l'efficientamento organizzativo ed ambientale del servizio e adottando la carta dei servizi a livello regionale; di politica economica [...]"

2. Alla legge 15 gennaio 1992, n. 21, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 2, dopo il comma 3 e' aggiunto il seguente: «3-bis. **E' consentito ai comuni di prevedere che i titolari di licenza per il servizio taxi possano svolgere servizi integrativi quali il taxi ad uso collettivo o mediante altre forme di organizzazione del servizio**»; b) all'articolo 5-bis, dopo il comma 1 e' aggiunto il seguente: «1-bis. **Per il servizio di taxi e' consentito l'esercizio dell'attivita' anche al di fuori del territorio dei comuni che hanno rilasciato la licenza sulla base di accordi sottoscritti dai sindaci dei comuni interessati**»; c) all'articolo 10, il comma 1 e' sostituito dal seguente: «1. I titolari di licenza per l'esercizio del servizio di taxi possono essere sostituiti alla guida, nell'ambito orario del turno integrativo o nell'orario del turno assegnato, da chiunque abbia i requisiti di professionalita' e moralita' richiesti dalla normativa vigente».

Dalla analisi del testo di legge emerge che non viene prevista, contrariamente a quanto proclamato da molti organi di informazione, una liberalizzazione del servizio taxi, bensì una implementazione del numero delle licenze ed una maggiore libertà nello svolgimento della attività (ipotesi, queste ultime, estranee al concetto di liberalizzazione).

Alle medesime conclusioni si deve pervenire in materia dei servizi farmaceutici, con riferimento ai quali il d.l. citato ha previsto soltanto un ampliamento del numero delle autorizzazioni, senza pervenire ad una liberalizzazione. Si riporta l'articolo 11, che prevede quanto segue:

"1. Al fine di favorire l'accesso alla titolarita' delle farmacie da parte di un piu' ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, nonche' di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo una piu' capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico, alla legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 1, il secondo e il terzo comma sono sostituiti dai seguenti: «**Il numero delle autorizzazioni e' stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti**. La popolazione eccedente, rispetto al parametro di cui al secondo comma, consente l'apertura di una ulteriore farmacia, qualora sia superiore al 50

per cento del parametro stesso»; b) dopo l'articolo 1 e' inserito il seguente: «Art. 1-bis. - 1. In aggiunta alle sedi farmaceutiche spettanti in base al criterio di cui all'articolo 1 ed entro il limite del 5 per cento delle sedi, comprese le nuove, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentita l'azienda sanitaria locale competente per territorio, **possono istituire una farmacia: a) nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti civili a traffico internazionale, nelle stazioni marittime e nelle aree di servizio autostradali ad alta intensita' di traffico, dotate di servizi alberghieri o di ristorazione, purché non sia già aperta una farmacia a una distanza inferiore a 400 metri; b) nei centri commerciali e nelle grandi strutture con superficie di vendita superiore a 10.000 metri quadrati, purché non sia già aperta una farmacia, a una distanza inferiore a 1.500 metri**»

c) l'articolo 2 e' sostituito dal seguente:

«Art. 2. - 1. Ogni comune deve avere un numero di farmacie in rapporto a quanto disposto dall'articolo 1. **Al fine di assicurare una maggiore accessibilita' al servizio farmaceutico**, il comune, sentiti l'azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, al fine di **assicurare un'equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilita' del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate**».

6. LIBERALIZZAZIONI NELLA AVVOCATURA O DELLA AVVOCATURA?

L'avvocato, come noto, è parte necessaria dei processi, ossia il cittadino non può difendersi da sé: le ragioni di questo principio stanno nel fatto che essendo la legislazione vasta e complessa e i meccanismi processuali conosciuti solo dagli operatori della giustizia (magistrati, avvocati e cancellieri, ecc.), il cittadino autonomamente non è in grado di esercitare la propria difesa.

Ne consegue che la persona o l'impresa, che avvia o subisce un processo, inevitabilmente si affida all'avvocato, il quale diventa tutore di suoi interessi primari quali la libertà, il lavoro, gli interessi economici, le problematiche familiari, il rapporto con la Pubblica Amministrazione, ecc.: il professionista, quindi, tutela interessi rilevantissimi e costituzionalmente garantiti del cittadino, il quale difficilmente è in grado di capire se l'avvocato a cui si è affidato stia curando in modo serio e competente questi suoi interessi, se effettivamente il servizio che gli sta rendendo sia utile e non dannoso.

Per questa ragione la professione forense è una professione "protetta": attraverso il titolo qualificante (l'esame di Stato), la formazione e l'aggiornamento (resi obbligatori con il sistema dei crediti formativi annuali), l'iscrizione all'albo e il controllo disciplinare (esercitato dai Consigli degli Ordini). Questa protezione, nell'esclusivo interesse del cittadino utente, negli ultimi anni si è molto affievolita: la categoria oggi conti circa 240.000 avvocati in Italia; questo numero esorbitante impedisce, in concreto, un controllo reale sia sulla formazione dei professionisti, sia sui loro comportamenti.

Una riforma della legge professionale (che risale agli anni Trenta), approvata da tempo in Senato e in attesa di esame alla Camera (elaborata con il consenso di tutte le principali istituzioni e associazioni di categoria), prevede un accesso più selezionato, un allargamento dei membri dei Consigli degli Ordini più numerosi, una diversa e più efficace forma dei controlli disciplinari ed altre novità tese a garantire la qualificazione della figura professionale dell'avvocato.

Le novità introdotte dal Governo per la professione forense, sembrano *prima facie* muoversi nell'ottica delle cd. liberalizzazioni, con il dichiarato fine di rimuovere le restrizioni del mercato professionale che dovrebbero garantire, attraverso un aumento della concorrenza tra gli avvocati, una diminuzione dei costi per il cittadino ed un miglioramento del servizio medio reso dai professionisti.

Ciò detto è necessario verificare, attraverso una pur sommaria prima analisi delle novità introdotte, se queste rispondano realmente all'esigenza di rimuovere le restrizioni del mercato professionale, o non finiscano, invece, per sostituire alle vecchie restrizioni, delle nuove forse anche più stringenti.

Abrogazione delle tariffe, obbligo di preventivo e tirocinio anticipato. Queste le novità più rilevanti introdotte dal provvedimento del Governo che scardina molte delle vecchie regole in vigore. Il decreto legge approvato il 20 gennaio si pone, dunque, come il terzo tassello di un processo liberalizzatore avviato nell'agosto scorso.

Infatti l'intervento dell'agosto scorso, DI 138/2011, delineò i principi della riforma degli ordinamenti professionali che saranno dettagliati in un regolamento da approvare entro il 2 agosto prossimo, con DPR.

Fra le linee guida: la libertà di accesso, con la previsione di limitazioni esclusivamente per ragioni di interesse pubblico; la conferma dell'obbligo della formazione permanente; la riduzione a 18 mesi del tirocinio; lo sdoganamento della pubblicità informativa sulla attività professionale, i titoli, le aree di competenza e specializzazione, i compensi e le caratteristiche dello studio.

Il secondo intervento si è avuto con la legge 183/2011 che ha aperto alla costituzione di società per l'esercizio della professione. Ma anche qui i dettagli arriveranno soltanto con il regolamento che il ministero della Giustizia dovrà emanare, di concerto con lo Sviluppo economico, entro il 30 giugno. Ammessi anche soci non iscritti agli ordini per prestazioni però esclusivamente tecniche o con finalità di investimento.

Infine, il decreto di venerdì 20 gennaio che prevede l'abrogazione delle tariffe professionali, conservando dei parametri di riferimento - che verranno indicati dal ministero della Giustizia - esclusivamente per la liquidazione di somme da parte degli organi giurisdizionali.

Compensi - Il compenso sarà pattuito per iscritto al momento del conferimento dell'incarico professionale. E al cliente verrà data la facoltà di chiedere un preventivo che, dunque, il professionista gli dovrà rendere, rendendo noto fin dall'inizio il grado di complessità dell'incarico, e fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili fino alla conclusione dell'incarico. Non solo, dovrà anche indicare i dati della polizza assicurativa per gli eventuali danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale.

Accesso - Sul fronte dell'accesso dei giovani è stata introdotta la possibilità di prevedere negli statuti e regolamenti delle Università che lo studente possa svolgere il tirocinio o la pratica, finalizzati all'iscrizione negli albi professionali, nel corso dell'ultimo biennio di studi per il conseguimento del diploma di laurea specialistica o magistrale. Il tirocinio o la pratica saranno equiparati a quelli previsti per l'iscrizione agli albi professionali.

Confidi - Prevista anche l'estensione ai liberi professionisti della possibilità di partecipare al patrimonio dei confidi. La disposizione integra la previsione - comma 7 dell'articolo 39 del DL 201/2011 - che prevede che al capitale sociale dei confidi e delle banche possano partecipare imprese non finanziarie di grandi dimensioni, con la previsione della possibilità anche per i liberi professionisti di poter partecipare al capitale sociale con i medesimi limiti societari previsti per gli enti.

Class action più efficace - Modifiche all'articolo 140-bis del codice del consumo, rimuovendo taluni limiti soggettivi e procedurali nell'esercizio dell'azione di classe.

Analizzando le novità, la più rilevante è rappresentata dall'abolizione delle tariffe forensi espresso in maniera del tutto inequivocabile dal primo comma dell'art. 7 e, cioè, che «sono abrogate tutte le tariffe professionali, sia minime sia massime, comprese quelle di cui al capo V, titolo III, legge 16 febbraio 1913, n. 89» (dedicato agli onorari e agli altri diritti del notaio).

Dall'abolizione delle tariffe professionali deriva, in seconda battuta, la necessità di modificare alcune norme del codice civile e del codice di procedura civile che a quelle tariffe fanno attualmente riferimento.

Per quanto riguarda il codice civile, il secondo comma dell'art. 7 modifica il meccanismo integrativo dei contratti previsto dall'art. 2233 c.c.. Fino a oggi laddove cliente e professionista non avessero concordato il compenso per l'opera professionale il giudice lo avrebbe dovuto determinare secondo le tariffe o gli usi sentito il parere professionale dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene. Da domani, venute meno le tariffe, il giudice determinerà il compenso dovuto, in assenza di usi, secondo equità.

Per quanto riguarda, invece, il codice di procedura civile il decreto andrà a modificare l'art. 636 c.p.c. che, nel disciplinare il procedimento di ingiunzione nel caso del ricorso sulla base della sola parcella del prestatore d'opera (in specie, principalmente, avvocato e notaio), richiede che *«la domanda deve essere accompagnata dalla parcella delle spese e prestazioni, munita della sottoscrizione del ricorrente e corredata dal parere della competente associazione professionale»*.

Si tratta del noto "parere di congruità" che il professionista doveva chiedere all'ordine professionale dietro corresponsione della tassa di opinamento. Parere che - come ha ricordato la giurisprudenza di legittimità - non è «limitato al solo controllo della correttezza delle voci esposte e della loro corrispondenza alla tariffa professionale, implica[ndo] il potere di valutare la rilevanza della controversia e di liquidare, conseguentemente, gli onorari in misura corrispondente alla importanza dell'affare ed alla complessità delle questioni esaminate».

Parere che, però, avrebbe vincolato il giudice soltanto nella fase di emissione del decreto ingiuntivo e non già nell'eventuale fase a cognizione piena ed esauriente.

Domani la disciplina del rito monitorio non prevederà più il riferimento alla necessità per il professionista di chiedere ed ottenere il c.d. parere di congruità all'ordine professionale

Orbene l'abrogazione delle tariffe professionali risponde all'enunciazione di principio secondo cui in un mercato transnazionale aperto non sia concepibile la sopravvivenza di sistemi di prezzi vincolati e amministrati politicamente dall'autorità statale.

La norma, infatti, si prefigge di rendere la contrattazione tra il professionista e il cliente completamente libera. La cancellazione del riferimento a tariffe prestabilite dovrebbe favorire, secondo il governo, lo sviluppo della concorrenza tra i professionisti e,

parallelamente, avvantaggiare l'utente, il quale sarebbe maggiormente propenso ad usufruire del servizio.

La abrogazione delle tariffe rappresenta una cancellazione dell'effetto normativo delle tariffe stesse; è tuttavia, evidente, che le tabelle riportate nei decreti ministeriali, potranno essere rivestite di una dignità contrattuale, mediante un loro recepimento nel contratto con il cliente. Non è da escludersi, quindi, la possibilità di mantenere le tariffe in vigore tramite accordi contrattuali con il cliente, purchè vi sia stata estrema chiarezza in ordine al fatto che non c'è norma cogente e che quelle tariffe estinte come "norma" rivivono quale "accordo".

Viceversa, chi contesta il provvedimento sostiene che esse erano una garanzia per il cittadino, un punto di riferimento la corsa al ribasso, cui tende il provvedimento, porterà probabilmente all'offerta di un servizio più scadente (si pensi, ad esempio, che i costi principali per uno studio legale sono quelli di organizzazione dello studio, della segreteria e dei collaboratori che permettono al titolare un costante aggiornamento, lo studio dei fascicoli e le ricerche giurisprudenziali, la predisposizione accurata degli atti, la preparazione con il cliente delle udienze e la presenza alle stesse, la possibilità di seguire tempestivamente tutti i passaggi del fascicolo processuale attraverso le cancellerie, il rispetto dei termini, ecc.).

Inoltre, chi si avvantaggerà della mancanza delle tariffe, saranno principalmente le grandi imprese, assicurazioni e banche che, in forza del loro potere come committenti, imporranno agli avvocati tariffe bassissime, nella linea di un profitto immediato, ma nella miopia di non rendersi conto delle conseguenze negative, nel tempo, dell'usufruire di un'assistenza di livello sempre più basso.

Sul merito della riforma ognuno maturerà la propria opinione anche alla luce della sua concreta applicazione.

Quello che è certo è che l'abrogazione delle tariffe per decreto e senza la previsione di una moratoria e/o un regime transitorio che fungesse da soluzione di continuità tra il vecchio sistema e il nuovo, ha lasciato un vuoto legislativo che la fantasia degli interpreti ha dovuto riempire nei modi più disparati.

Ciò al fine di stabilir come liquidare la condanna nelle spese una volta che per legge le tariffe che costituivano i vecchi parametri sono inutilizzabili perché soppresse, mentre, d'altro canto, il ministro vigilante (che pur ha controfirmato il decreto legge 1/12) non ha ancora approntato i parametri previsti dal comma 2 dell'art. 9 per l'ipotesi specifica della liquidazione giudiziale dei compensi professionali.

Ecco quindi un giudice di Cosenza (ordinanza 1 febbraio 2012) che dichiara che in mancanza di un qualunque parametro di riferimento non può procedere ad alcuna liquidazione delle spese di procedura, nemmeno in via equitativa. Al contrario, il Giudice di Pace di Milano (sentenza 30 gennaio 2012) tenta un'operazione di interpretazione integrativa, col richiamo di una norma sostanziale, segnatamente l'art. 6, D.Lgs. 231/02, per procedere alla liquidazione delle spese di un'ingiunzione di pagamento. Tale norma, invero (analogamente all'art. 1224 c.c.), sancisce il diritto del creditore a ripetere dal debitore tutti i costi di recupero del credito, determinati anche presuntivamente. Tuttavia proprio il comma 2 del richiamato art. 6 contiene, a ben guardare, un elemento che ne vanifica il richiamo per lo scopo che ci occupa. A mente di tale norma i costi di recupero possono essere determinati anche in base ad elementi presuntivi e tenuto conto delle tariffe forensi in materia stragiudiziale, ma devono pur sempre rispondere a principi di trasparenza e di proporzionalità.

L'analisi sistematica e letterale della norma non lascia dubbi sul fatto che due siano i riferimenti per la liquidazione: 1) gli elementi presuntivi; 2) le tariffe forensi. Abolite queste ultime dal D.L. 1/12, non resterebbero che i primi, i quali però, per rispondere ai criteri di trasparenza e proporzionalità comunque richiesti dall'art. 6, D.Lgs. 231/02, dovrebbero essere indicati, quanto meno in modo sintetico e sommario, dal giudice liquidante, cosa che nel decreto in esame non è stata fatta. In mancanza di tale indicazione, la liquidazione resta arbitraria, anche (o proprio) col riferimento analogico all'art. 6, D.Lgs. 231/02, in quanto non sono intelleggibili né tampoco verificabili i criteri di trasparenza e proporzionalità richiesti dalla norma invocata a sostegno. Senza poi contare che il D.Lgs. 231/02 si applica solo ai rapporti tra imprenditori, mentre il correlativo art. 1224 c.c. non dispone di una previsione analoga al comma 2 del citato D.Lgs. 231/02 quanto alla determinazione in via presuntiva.

Resta quindi aperta la domanda: ma allora quali potrebbero essere, allo stato, i criteri per una legittima liquidazione delle spese di giudizio?

In attesa del decreto ministeriale che indichi i criteri che debbano utilizzare i magistrati nel liquidare le spese, il Presidente del Tribunale di Roma, con un provvedimento del 9 febbraio 2012, ha emanato una direttiva rivolta a tutti i magistrati del Tribunale Ordinario della Capitale. Nel documento viene suggerito ai giudici di prendere come riferimento la previgente tariffa professionale degli avvocati al fine della determinazione dei compensi.

Da ultimo si segnala la sentenza 22 febbraio 2012, n. 499 del Tribunale di Cagliari che, conferma l'orientamento giurisprudenziale formatosi dalla data di entrata in vigore del decreto-legge 1/2012, e si uniforma alle prassi interpretative di cui alle circolari elaborate da

diversi Tribunali italiani di concerto con gli Ordini locali degli Avvocati, primo tra tutti il tribunale di Verona.

Secondo tale orientamento il vuoto normativo lasciato dall'originaria formulazione dell'articolo 9 del decreto-legge Cresci Italia viene colmato attraverso una sorta di ultra-attività delle tariffe professionali abrogate, almeno finchè non saranno pubblicati i parametri ministeriali che le sostituiranno, per quanto di ragione.

Il riportato indirizzo giurisprudenziale appare senza dubbio opportuno e necessario al fine di superare una carenza normativa particolarmente pericolosa, non soltanto laddove lesiva del legittimo diritto dei professionisti a percepire un corrispettivo adeguato all'attività svolta, ma soprattutto in quanto un indirizzo diverso rischierebbe di ledere o vanificare il diritto della parte vittoriosa in un procedimento giudiziario alla rifusione delle spese legali e tecniche sostenute in causa, sancito dall'art. 91 c.p.c.

È opportuno, però, evidenziare che la sentenza richiamata, si riferisce ad un procedimento instauratosi anteriormente all'entrata in vigore del decreto-legge suddetto; conseguentemente, le tabelle abrogate si sarebbero continuate comunque ad applicare per tutta l'attività svolta fino alla data di entrata in vigore del decreto legge 1/2012, in virtù del principio *tempus regit actum* di cui all'art. 11 delle preleggi.

Il problema interpretativo dell'eventuale riferimento alle tariffe soppresse si porrebbe quindi soltanto per le attività svolte successivamente all'entrata in vigore del decreto, che non sono più coperte de jure dall'ombrello di tariffe legalmente predeterminate, in quanto ormai abrogate, ma costituiscono piuttosto un parametro logico di adeguatezza nel criterio adottato dal giudice per la liquidazione delle spese a carico del soccombente.

Successivamente alla pronuncia predetta, il Governo, in ciò sollecitato dal Parlamento ed in particolare dal Senato della Repubblica in sede di conversione del decreto-legge, ha aderito alle richieste di modifica provenienti in particolare dai senatori Berselli del Pdl, presidente della commissione giustizia, e della senatrice Dalla Monica del PD, componente della medesima commissione. Tra le modifiche recepite nel maxiemendamento vi è infatti anche l'esplicita previsione della ultra-attività delle tariffe abrogate fino a quando non saranno pubblicati i parametri ministeriali che le sostituiranno.

Il decreto-legge è stato convertito al Senato e dovrebbe essere approvato anche dall'altro ramo del Parlamento senza ulteriori modifiche. Anche in considerazione di tale orientamento de jure condendo, quindi, appare corretta l'adesione all'indirizzo giurisprudenziale espresso dalla sentenza in commento.

L'altra novità rilevante è l'introduzione della forma scritta obbligatoria di un preventivo dei costi: un accordo preventivo normalmente già interviene tra cliente e avvocato, la forma scritta sarà più vincolante, ma dovrà anch'essa necessariamente scontare l'imprevedibilità dei servizi che l'avvocato potrà rendere lungo tutto lo svolgimento di un processo, i cui tempi e attività, spesso, non dipendono da lui (si dovrà dunque formare una sorta di tariffa per ogni singola attività o proporre un compenso orario).

Anche qui sull'efficacia della novità introdotta è presto per pronunciarsi: con il primo comma dell'art. 8 del provvedimento in esame si inserisce l'obbligo della redazione del preventivo per le prestazioni che vengano richieste ai professionisti. Quest'ultimo, è gioco forza sostenerlo, verrà costretto a dotarsi di un prezario, peraltro dai confini incerti.

L'attenzione e l'importanza riconosciuta all'innesto normativo traspare dalla seconda parte del comma, laddove si precisa che "la redazione del preventivo è un obbligo deontologico e l'inottemperanza costituisce illecito disciplinare".

Il legislatore ritiene di intervenire anche sul contenuto dello stesso, imponendo al professionista di indicare tutti gli estremi (durata e massimale) della (eventuale) copertura assicurativa, della quale il professionista ha deciso di dotarsi per far fronte agli obblighi risarcitori che potrebbero presentarsi nel corso della sua attività.

Il che potrebbe essere un utile strumento idoneo ad incoraggiare tutti i professionisti a dotarsi della citata copertura, aumentando il livello generale di affidabilità degli stessi. L'articolo 8 chiude, poi, con l'ordine rivolto ai redattori dei codici deontologici di uniformarsi entro il termine di 90 giorni dalla entrata in vigore del (futuro) decreto, apportando le necessarie modifiche.

Quanto al preventivo già il codice deontologico forense, all'articolo 40, prevede una sorta di comunicazione, anche se si limita a onerare l'avvocato "se richiesto (di) informare la parte assistita sulle previsioni di massima inerenti alla durata e ai costi presumibili del processo". È intuitivo che "preventivo" e "costi presumibili" non sono affatto espressioni sinonimiche.

Naturalmente l'avvocato cercherà di inserire nel preventivo clausole, che gli consentano di chiedere successive integrazioni. Un'altra tecnica potrebbe essere quella di formulare uno schema di parcella, posta a base del preventivo, così da poter individuare le attività ulteriori, oggetto di separata remunerazione. In ogni caso l'inserimento dell'obbligo del preventivo è necessario, a detta del legislatore, al fine di favorire la trasparenza, la certezza e l'affidabilità del rapporto contrattuale (sotto il profilo economico), che si consuma tra consumatore e professionista.

Il professionista, viene, in tal senso gravato di una serie di obblighi informativi (da porre nero su bianco) con la precipua finalità di rendere il più possibile consapevole la scelta del consumatore. Anche in questo caso, l'obiettivo di più ampio respiro, è quello di favorire lo sviluppo del mercato concorrenziale.

Occorre, tuttavia, rilevare come, se da una parte viene colmata l'asimmetria informativa tra il consumatore e il professionista, dall'altra ci si dimentica completamente della sovente impossibilità, per il secondo, di quantificare, ab initio, l'esatto ammontare della sua prestazione, specialmente se si parla di mandato a difendere.

La lacunosità delle informazioni ricevute dall'assistito, le sopravvenienze processuali e tutte le variabili che condizionano tutte le attività di impresa, generano un'incertezza che difficilmente può essere gestita da un preventivo.

Dal che l'introduzione dell'obbligo del preventivo potrebbe addirittura portare i professionisti a stabilire ingenti forfait a scopo precauzionale, neutralizzando le finalità per le quali la norma è stata introdotta con un vero e proprio "effetto boomerang".

Quel che è certo è che non esiste, nel nostro ordinamento, nei rapporti tra privati ed imprese, una norma che imponga in modo analogo di preventivare per iscritto i costi per di più con modalità precise la cui inosservanza costituisce illecito disciplinare.

Nell'ottica del rispetto del principio delle liberalizzazioni, a cui si ispira la riforma, molti hanno peraltro rilevato il carattere dirigista di una norma che impone al venditore del servizio di preventivare per iscritto il corrispettivo, sottoponendo il professionista ad uno di quei tanti vincoli che si vorrebbero rimuovere.



Diritto tributario

IL DOMICILIO FISCALE

di Michele Molinari

Il domicilio fiscale per la persona fisica residente

Il concetto di domicilio fiscale (o residenza fiscale) per le persone fisiche e non, in diritto tributario, è diverso e più ampio di quello conosciuto e previsto dalla disciplina civilistica, dal momento che include sia la nozione di residenza che di domicilio, come regolati dagli articoli 43 e ss. del codice civile, e al tempo stesso anche un soggetto non residente è da considerarsi "domiciliato fiscalmente" in Italia a verificarsi di determinate condizioni.

La verifica del domicilio fiscale in Italia è fondamentale perché determina, prima di tutto, il tipo di tassazione cui si viene sottoposti ai fini delle imposte dirette (irpef, addizionali, irap), quindi direttamente collegata alla nostra capacità contributiva (art. 53 Cost.): tutti i redditi per i residenti, solo i redditi prodotti in Italia per i non residenti.

Non a caso il modo più elementare per abbattere "il costo" delle tasse è da sempre (e non solo per i cittadini italiani) lo spostamento della propria residenza all'estero, non necessariamente in un paradiso fiscale, legittimo quando è sostanziale e formale, *elusivo* quando è solo formale, ma non sostanziale, perché "affetti" o "affari" sono rimasti sul suolo italico: da qui il fenomeno delle c.d. *residenze fittizie all'estero*.

L'art. 2 del d.p.r. 917/86 – testo unico delle imposte sui redditi (da ora solo *tuir*)-stabilisce che si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo di imposta sono iscritte nelle anagrafi della persone residenti o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile.

L'art. 58 dell'Accertamento (d.p.r. 600/73) precisa che "le persone fisiche residenti nel territorio dello Stato hanno il domicilio fiscale nel Comune nella cui anagrafe sono iscritte".

Per le persone fisiche il periodo d'imposta coincide **sempre** (presunzione legale assoluta) con l'anno solare, pertanto è residente chi si trova in Italia per almeno 183 o 184 giorni, *anche non consecutivi* (art. 7 del *tuir* e C.M. 304 del 1997).

Dei tre criteri indicati possiamo classificare il primo - **iscrizione anagrafica in un Comune** - sicuramente come criterio prettamente formale, di natura amministrativo-burocratica, mentre gli altri due - **residenza civile** e **domicilio civile** - hanno natura sostanziale: la Circolare 304 del 1997 chiarisce che i criteri sono tra loro alternativi, nel senso che è sufficiente accertarne *uno solo* per considerare una persona residente fiscalmente in Italia, così come la cancellazione dall'anagrafe e iscrizione presso l'A.I.R.E. non è elemento determinante ad escludere il domicilio fiscale, che può essere legato, appunto, anche alla residenza civile (legame affettivo) e domicilio civile (legame lavorativo).

Le indicazioni della prassi negli anni hanno trovato conferma non solo nella giurisprudenza italiana (cfr. Cass 14 Arpile 2008, n. 9.856), ma anche in quella comunitaria (cfr. Corte di Giustizia sent. 12 luglio 2001, causa C.262-99 - Louloudakis vs Stato ellenico).

L'iscrizione anagrafica resta comunque e sicuramente il criterio più importante e sempre prevalente sugli altri.

Se Mario Rossi risulta iscritto presso l'anagrafe del Comune di Milano per gli anni 2009 e 2010, a nulla vale dimostrare che sia la famiglia che la propria attività lo hanno seguito all'estero, magari per tutto l'anno ad esclusione dei pochi giorni festivi: l'iscrizione anagrafica ha prevalenza sulla residenza e sul domicilio.

La Risoluzione AE n. 471 del 2008 è intervenuta a chiarire che una volta accertata la permanenza in Italia per almeno 183 gg., l'intero reddito è sottoposto a reddito, non riconoscendo il nostro sistema tributario il *regime del frazionamento del reddito tassabile* in caso di trasferimento della residenza all'estero in corso di anno; tuttavia la Circ. AE n. 22 del 2004 ribadisce che lo status di residente non si acquisisce se la residenza supera i 183 gg. ma **a cavallo di due anni solari**, senza superare tale limite in ciascuno dei due anni.

Tassazione dei redditi per i residenti

La conseguenza di avere il domicilio fiscale in Italia è descritto dall'art. 3 del tuir, per cui le imposte (dirette) si applicano sul reddito complessivo formato per i residenti da tutti i redditi ovunque prodotti: è **il principio della tassazione su base mondiale** (worldwide principle), mentre per i non residenti è tassato solo il reddito prodotto in Italia.

La lettura degli artt. 2 e 3 del tuir colpisce *i più* perché fa riflettere sul fatto che la tassazione in Italia dei redditi non è legata alla cittadinanza italiana, **ma unicamente alla residenza fiscale** nello Stato: un cittadino italiano che abbia trasferito affari ed affetti all'estero, senza produrre alcun reddito o possedere alcun bene in Italia, non potrebbe essere mai tenuto a pagare alcuna imposta in Italia, anche se magari effettua frequenti viaggi in Italia o puntualmente si rechi a votare; viceversa se un personaggio quale *Bill Gates* decidesse di risiedere in Italia lasciando tutte le attività e il proprio patrimonio all'estero, sarebbe tassato su tutti i redditi ovunque prodotti, per il solo fatto di avere il domicilio in Italia (magari in affitto!).

La regola della residenza non è una "prerogativa" unicamente italiana, bensì della maggior parte dei paesi nel mondo ormai, con poche eccezioni, tra cui si annoverano gli USA: chi possiede (anche) la cittadinanza americana è tenuto sempre a contribuire con tutti i redditi, a prescindere dal luogo di residenza o dagli anni di lontananza dalla patria.

Come si diceva, il criterio di tassazione ormai prevalente è quello della residenza fiscale per motivi soprattutto pratici: per uno Stato è nettamente più facile conoscere e conseguentemente *controllare, verificare* i redditi di chi sta al proprio "interno" piuttosto di chi sta fuori, dovendosi scontrare inevitabilmente con la sovranità (e la sensibilità) degli altri Stati.

Trasferimento della residenza di una persona fisica all'estero

Quando una persona trasferisce il proprio domicilio fiscale all'estero è necessario distinguere due ipotesi: trasferimento di un soggetto titolare di un *reddito d'impresa* e *non*, quindi un privato ma anche un titolare di reddito autonomo (avvocato, architetto, ecc.).

La differenza è importante perché l'art. 166 del tuir, recentemente modificato dal c.d. *D.L. Salva-Italia* (art. 91 D.L. 1/2012), prevede che, al verificarsi di alcune condizioni, l'imprenditore o l'impresa debba pagare una *exit tax*, cioè il trasferimento all'estero comporta la valutazione del complesso aziendale al valore di mercato ed è idoneo a far emergere reddito imponibile, quindi sostanzialmente tassabile: tecnicamente si ha la tassazione delle "plusvalenze latenti".

Questo tipo di disciplina è prevista da molti Stati, come forma cautelativa per evitare che formalmente risulti che il trasferimento abbia "deprezzato" la propria

azienda, con componenti negative (tecnicamente minusvalenze) che abbattano il reddito imponibile.

La disciplina dell'art. 166 tuir è stata modificata anche in base ai rilievi della giustizia europea (cfr. sentenza del 11.3.2004 – procedimento C-9/02: caso *de Lasteyrie du Saillant*) che vede questo tipo di tassazione come un possibile limite illegittimo alla libera circolazione delle persone in Europa.

Questa problematica non ha mai toccato il trasferimento di un soggetto non imprenditore, non essendo prevista alcuna *exit tax*.

Questo non vuol dire che non manchino e non siano state segnalate criticità: la principale è la mancanza di una forma di interpello preventivo/disapplicativo (previsto invece per altre fattispecie) per poter dimostrare prontamente il trasferimento sostanziale (cioè degli affetti e affari) della propria residenza all'estero. E' il problema affrontato, ma non risolto in modo soddisfacente dalla Ris. 351/2008 in cui l'amministrazione finanziaria sottolinea che la verifica, il riscontro dei legami affettivi o patrimoniali-economici stabili in Italia non può essere effettuato in sede di interpello, perché l'attuale disciplina tributaria non lo contempla, ma sono in seguito ad accertamento (inteso naturalmente come procedura di controllo): la risposta all'interpello, presentato per tempo e vincolando l'AE, darebbe invece al contribuente la possibilità di conoscere e delineare la propria posizione fiscale in tempo utile per il "periodo delle dichiarazioni" ogni anno, potenzialmente *per sempre*, se non vi fossero interventi normativi particolari. D'altra parte l'Amministrazione fiscale avrebbe una pronta conoscenza della situazione non solo reddituale, ma necessariamente patrimoniale ed economica, in teoria, molto più ampia: questo consentirebbe di pianificare con più efficacia i controlli, consentendole subito di rivolgere "l'attenzione" altrove.

Il cambio di domicilio fiscale all'interno dello Stato

L'art. 59 dell'Accertamento (d.p.r. 600/73) disciplina quella ipotesi in cui l'Amministrazione, d'ufficio o su richiesta motivata, varia il domicilio fiscale della persona fisica dal Comune di iscrizione anagrafica a quello in cui il contribuente svolge in modo continuativo la propria attività.

Il trasferimento avviene sempre con provvedimento amministrativo motivato, che ha efficacia trascorsi 60 gg. dalla notifica dello stesso, se richiesto dal contribuente ed efficacia dal periodo d'imposta successivo se emesso d'ufficio.

L'Ufficio competente è la Direzione regionale se avviene all'interno della Regione e le Direzioni interessate, quando lo spostamento è da una Regione ad un'altra.

Disciplina delle persone fisiche non residenti

A questo punto è facile ricostruire *a contrariis* la disciplina dei soggetti non domiciliati: sono coloro che in Italia mantengono l'iscrizione anagrafica, o la residenza o il domicilio civile per meno di 183 o 184 giorni in un anno solare.

I non residenti vengono tassati solo per i redditi prodotti in Italia e a mente dell'**art. 58** dell'Accertamento il loro domicilio fiscale è nel Comune dove si è prodotto il reddito e se questo è prodotto in più comuni, si considera il Comune dove si è prodotto quello più elevato. I cittadini italiani che risiedono all'estero in forza di un rapporto di lavoro con la P.A. hanno il domicilio nel comune di ultima residenza nello Stato.

L'art. 23 del Tuir elenca una serie di redditi (redditi fondiari, lavoro autonomo esercitato nello stato, redditi di capitali corrisposti dallo stato o da enti localizzati in Italia) che si considerano prodotti in Italia: l'elenco non è esaustivo, né tassativo, ma comunque comprende una casistica quantitativamente e qualitativamente ampia.

Il secondo comma dell'art. 23 ha invece carattere di presunzione legale assoluta e il motivo è facilmente comprensibile: si tratta di redditi corrisposti dallo Stato (es. pensioni), da soggetti residenti o che comunque hanno una stabile organizzazione in Italia, quindi non possono non essere imponibili per il nostro sistema fiscale.

Quando un soggetto italiano si trasferisce all'estero, si provvede alla sua cancellazione e contemporanea iscrizione nel registro AIRE: a partire dal 2008, nell'ottica di un rafforzamento della collaborazione tra Comuni e AE nella lotta all'evasione, la legge 133 del 6 agosto 2008 prevede che il Comune di ultimo domicilio del contribuente trasferitosi all'estero effettui una serie di controlli e confermi all'AE l'effettiva cancellazione e nel triennio immediatamente successivo all'iscrizione all'AIRE i due soggetti effettuino una vigilanza congiunta su coloro che si siano trasferiti già dall'anno d'imposta 2006.

Domicilio nei paradisi fiscali e onere della prova

Abbiamo constatato che il trasferimento all'estero e la cancellazione dall'anagrafe comunale (e per un cittadino italiano la contemporanea iscrizione all'A.I.R.E.) non comporta *ipso iure* lo status di non residente, perché tutti i redditi

possono essere tassati nello Stato se permane almeno la residenza o il domicilio civilistico.

L'aspetto fondamentale da sottolineare è che una volta cancellati dall'anagrafe comunale è sempre **onere dell'Amministrazione Finanziaria** provare che gli "affetti" o "gli affari" sono rimasti in Italia per almeno 183 gg, e pertanto poter riprendere a tassazione il determinato reddito X sottratto con la motivazione apparente del domicilio estero.

In definitiva, l'Agenzia deve svolgere una vera e propria attività investigativa, spesso delicata, che prevede non solo l'acquisizione di documentazione dal contribuente, ma soprattutto informazioni da coloro che hanno contatto con il soggetto, senza escludere verifiche presso possibili sedi lavorative e abitazioni private.

Le circolari n. 304 del 1997 e n. 140 del 1999 espongono tutta una serie di elementi (elenco non tassativo) che consentono di determinare o meno la permanenza di una persona e il tipo, la qualità di legame che può considerarsi realmente probante.

L'onere della prova risulta invece invertito quando un cittadino italiano risulta residente in uno dei c.f. paradisi fiscali: ciò costituisce tra l'altro attualmente **l'unica eccezione** al principio di residenza che lascia il posto a quello della cittadinanza.

L'art. 2, comma 2 bis, stabilisce espressamente che si considerano residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dall'anagrafe della popolazione residente trasferiti in Stati o territori a fiscalità privilegiata, cioè i paradisi fiscali o *Paesi black list*: attualmente per le persone fisiche la lista dei paesi "cattivi" è contenuto nel D.M. 4 Maggio 1999. Si definiscono paradisi fiscali quei Paesi che hanno un livello di tassazione estremamente ridotto o con il quale non vi è un adeguato scambio di informazioni.

Nella ipotesi di residenti in paesi black list, dunque, spetta al contribuente dimostrare che effettivamente vive e lavora in quel posto: è chiaro che di fatto l'amministrazione finanziaria deve spesso svolgere *comunque un'attività investigativa*, ma questa "si ferma" all'individuazione dei redditi non dichiarata, con conseguente avviso di accertamento, senza però dover provare **anche** la permanenza nello stato per la maggior parte dell'anno solare. Una semplificazione non da poco per l'Ufficio.

Le Convenzioni contro le doppie imposizioni e il credito d'imposta per i redditi esteri.

Quando un contribuente (persona fisica e non) risulta domiciliato in un Paese, ma una parte o l'intero reddito è prodotto all'estero si pone il problema, quasi scontato, della competenza: chi deve tassare tale reddito? Lo Stato A o B?

La risposta che danno tutti i Paesi, a prescindere dal principio di residenza o cittadinanza, è: **IO**.

Il linea di principio ogni Stato non rinuncia facilmente alla potestà impositiva su un reddito, anche se il percipiente non è lì residente, quindi, come regola generale, il reddito X deve essere dichiarato e tassato in entrambi gli Stati, creandosi quel fenomeno conosciuto come **DOPPIA IMPOSIZIONE**.

Naturalmente negli anni gli Stati sono giunti "a pù miti consigli", consapevoli che una regola così rigida comporterebbe alla lunga più danni che benefici, con il rischio di vere e proprie migrazioni verso territori più benevoli fiscalmente, con inevitabile depauperamento economico del tessuto sociale. Da qui la stipula di Convenzioni contro le doppie imposizioni, da cui naturalmente l'Italia non si è sottratta, dotandosi di una fitta rete di Trattati internazionali, consultabili sul sito del M.E.F. – Dipartimento delle Finanze – Fiscalità internazionale.

L'Italia adotta come modello la Convenzione OCSE con il relativo Commentario del 1963, che non ha naturalmente natura di fonte di diritto, tuttavia ha acquisito molta autorevolezza per la negoziazione, applicazione e interpretazione delle Convenzioni.

In linea generale, si può dire che la funzione di Trattati non è tanto quella di stabilire *le modalità di tassazione* (aliquota progressiva, tassazione separata, imposta sostitutiva, ecc), quanto *ripartire la potestà imperativa* tra gli stati interessati, e in particolare contrastare la doppia imposizione piuttosto che *eliminarla completamente*.

Il contenuto delle convenzioni stipulate dall'Italia non comprende sempre i medesimi argomenti, cioè non è sempre omogeneo, ma varia a secondo dello Stato interlocutore, in base anche alla tipologia di reddito "intercorrente" con l'altro Stato: se gli italiani scelgono, ad es., la Grecia principalmente per investimenti immobiliari, una convenzione punterà a disciplinare questo aspetto in modo specifico, magari rinunciando a tassare tale reddito fondiario se gli investimenti non sono massicci; se un domani tutti i gli italiani investissero sistematicamente lì, il discorso cambierebbe sensibilmente.

Ancora: una tipologia di reddito sempre disciplinata è quella del reddito lavoro dipendente, perché cosituisce uno dei pilastri (lavoro dipendente, autonomo, impresa) da cui attinge un Stato, e quindi nessuno vuole rinunciare a tale fonte, ma al tempo stesso la tassazione in genere non è integrale perché risulterebbe troppo gravosa, aggressiva per il percipiente, subendola da due Stati.

Una convenzione contro le doppie imposizione è un Trattato internazionale, e come tale prevale ovviamente sulla normativa interna contrastante, anche se a riguardo il **Tuir** prevede una disciplina *agevolativa* in base agli **artt. 165 e 169**.

L'art 169 stabilisce che *"le disposizioni del presente testo unico si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione"*: il caso più frequente di applicazione della norma è quello in cui il **Decreto Accertamento** (dpr 600/1973) prevede una ritenuta alla fonte minore rispetto a quella del trattato.

L'art. 165 disciplina concede un credito di imposta per i redditi prodotti all'estero, considerato applicabile se più favorevole del Trattato per il contribuente: a determinate condizioni si possono detrarre le imposte pagate a titolo definitivo all'estero da quella italiana corrispondentemente al rapporto tra redditi prodotti all'estero ed il reddito complessivo al netto delle perdite di precedenti anni ammesse in diminuzione.

Il domicilio delle società

Per le società e più in generale per le persone non fisiche, inclusi i trusts, i criteri per determinare il domicilio ricalcano la ratio usata per individuare la residenza delle persone fisiche.

L'art. 73 del **Tuir** stabilisce che le società di capitali, gli enti privati e pubblici, le associazioni non riconosciute, i trusts si considerano residenti se per la maggior parte del periodo d'imposta (183 o 184 gg) hanno la sede legale oppure la sede amministrativa o l'oggetto principale nel territorio dello Stato; il periodo d'imposta coincide con la durata dell'esercizio sociale, come stabilito dalla legge o dallo statuto, quindi non coincide necessariamente con l'anno solare. Solo se la durata non è determinabile o è maggiore di due anni, il periodo è costituito *ex legge* dall'anno solare.

L'art. 58 dell'**Accertamento** chiarisce che la persona non fisica ha il domicilio fiscale nel Comune in cui si trova la sede legale o in mancanza la sede amministrativa; se anche questa manca si guarda una sede secondaria o una stabile organizzazione e in ultimo si considera il Comune in cui esercita la propria attività.

L'art. 59 dell'**Accertamento** prevede che, come per le persone fisiche, il domicilio può essere variato, *dalla sede legale a quella amministrativa*, ma solo in presenza di giustificati motivi.

Il fenomeno della esterovestizione

L'art. 73 del tuir è stato integrato dal D.L. n. 223 del 2006 con una disciplina antielusiva, seguendo una ratio simile a quella utilizzata per evitare che le residenze fittizie delle persone fisiche all'estero sottraggano materia imponibile al nostro sistema fiscale.

Il nuovo comma 5bis introduce una presunzione legale relativa per cui a determinate condizioni è considerata residente in Italia l'amministrazione di società estere controllanti altri soggetti italiani. In particolare la società estera è considerata residente se, alternativamente, è controllata, anche indirettamente, ai sensi dell'art. 2359 c.c., da soggetti residenti in Italia; oppure se risulta amministrata da un consiglio di amministrazione o organo equivalente composto in prevalenza da consiglieri residenti in Italia.

La disciplina è stata concepita in particolare per contrastare l'uso di holding estere create per effettuare cessioni e "triangolazioni" di partecipazioni societarie, che diano luogo a plusvalenze sicuramente non imponibili (grazie soprattutto alle convenzioni internazionali) e dividendi/utili non imponibili o imponibili al massimo al 5% (art. 89 del tuir).

La stabile organizzazione

La definizione di stabile organizzazione è contenuta nell'art. 162 del tuir, che a sua volta è stato mutuato dall'art. 5 del Modello OCSE di Convenzione.

La sua individuazione e inquadramento è necessario e utile per poter tassare in Italia il reddito di un soggetto estero, quando manca una sede legale o la sede amministrativa, considerato che gli altri criteri letti in precedenza sono spesso difficili da individuare **di fatto**.

La S.O. è una sede fissa di affari per mezzo di cui l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato; in alternativa si considera S.O. anche il soggetto non indipendente che nel territorio conclude abitualmente in nome dell'impresa contratti diversi da quelli di acquisto di beni.

L'articolo considera per presunzione assoluta come S.O., una sede direzionale, una succursale, un ufficio, un'officina, un laboratorio; viceversa non si possono considerare come S.O. tutti quei luoghi che sono usati essenzialmente ai fini di deposito,

esposizione e consegna di beni, oppure sono luoghi in cui si svolge un'attività preparatoria e ausiliaria di quella principale svolta all'estero.

Il comma cinque invece l'uso dei server: non costituiscono S.O. se impiegati solo per la raccolta e la trasmissione dei dati; se invece i server consentono la commercializzazione di beni e servizi di impresa non residente, perché magari è presente un portale per la consultazione e acquisto il discorso cambia (Ris. AE n. 119 del 2007).

Credito di imposta per imposte pagate all'estero - giurisprudenza

Determinazione dell'ammontare delle spese deducibili

Corte di Giustizia, 3 Aprile 2008, causa C-27/07

Ai fini della determinazione dell'ammontare di spese di gestione deducibili, è compatibile col diritto comunitario e con le disposizioni della direttiva 90/435/cee la disciplina del diritto interno con cui sia ricompreso nella nozione di utile distribuito dalla società controllata l'importo del credito d'imposta accordato per la compensazione e dell'applicazione della ritenuta alla fonte applicata nello stato di residenza della società controllata.

Tassazione dividendi e compatibilità della normativa italiana con il diritto comunitario

Corte di Giustizia UE, Grande sezione, 6 marzo 2007, causa C-292/04

La normativa italiana sulla tassazione dei dividendi comunitari è coerente con i principi comunitari, ribaditi dalla Corte di Giustizia, per quanto riguarda la tassazione dei dividendi in entrata, in quanto non opera discriminazioni basate sulla residenza del soggetto che distribuisce i dividendi; il nostro ordinamento potrebbe, invece risultare incompatibile con le norme comunitarie relativamente ai dividendi in uscita, per i quali è stata mantenuta la ritenuta dell'art. 27, co. 3 del dpr 600 del 1973 (con esclusione dei dividendi che beneficiano del regime madri-figlie).

Complessità azione accertativa: 10 anni per i recuperi d'imposta

Comm. trib. prov. di Pescara, a novembre 2009, n. 324

La complessità dell'attività accertativa nei confronti di soggetti che non risiedono nel territorio italiano o che non siano contribuenti per l'ordinamento nazionale e la carenza di espressa disposizione della convenzione internazionale sulla decadenza di tale attività depongono per l'applicazione del termine di prescrizione decennale in riferimento al recupero di crediti d'imposta sui dividendi oggetto di rimborso.

La scheda

il Domicilio fiscale

Pesona fisica	
Funzione	<p>Serve ad individuare il tipo di tassazione cui sottoporre la persona fisica, che si considera residente fiscalmente in Italia se per almeno 183 o 184 gg è iscritto nell'anagrafe di un Comune, oppure ha la residenza o il domicilio civilistico.</p> <p>L'Amministrazione può variare il domicilio fiscale, su richiesta della parte o d'ufficio, dal Comune anagrafico a quello lavorativo, solo con provvedimento motivato con effetto nell'anno successivo (se d'ufficio) e dopo 60 gg se su richiesta.</p> <p>Cancellata l'iscrizione anagrafica spetta all'AE individuare una possibile residenza o domicilio, con l'eccezione degli italiani residenti nei paradisi fiscali di cui al D.M. 4 Maggio 1999 e all'art. 2 del tuir, in cui si ha inversione dell'onere della prova.</p> <p>Nell'ipotesi di redditi prodotti all'estero, per evitare una doppia tassazione (Nel paese di residenza e di produzione del reddito) si usano Convenzioni contro la doppia tassazione cui poter aggiungere anche la disciplina più favorevole del Tuir, in particolare il credito per i redditi esteri (art. 165 tuir)</p>
Disciplina	<p>Art. 2, 3, 7, 23, 162, 165, 166, 169 del D.P.R. 917/1986 (T.U.I.R.) Art. 43 c.c.</p> <p>Art. 58 e 59 del D.P.R. 600/1973 (Decreto Accertamento) D.M. 9 Maggio 1999.</p> <p>c.m. 304 del 1997, R.M. 381944 del 1980, R.M. 383592 del 1980, c.m. 119 del 1994, R.M. 54 del 1994, c.m. 140 del 1999, Ris. AE 351 del 2008, Ris AE 471 del 2008, circ AE 22 del 2004.</p>
Persona non fisica	

Funzione	<p>Le persone non fisiche hanno il domicilio nel Comune dove si trova la sede legale o in mancanza, rispettivamente, la sede amministrativa, una stabile organizzazione e in ultimo il luogo dove si svolge la propria attività.</p> <p>La permanenza deve essere per almeno 183 gg, anche non consecutivi, nel periodo d'imposta che coincide col periodo di esercizio sociale come stabilito dalla legge o dallo statuto.</p> <p>Per contrastare fenomeni elusivi di esterovestizione si considera residente in Italia anche una holding estera controllante soggetti italiani, se la holding a sua volta è controllata anche indirettamente da una società italiana o nel consiglio di amministrazione, la maggioranza dei consiglieri è residente in Italia.</p>
Disciplina	<p>Art. 73, 76, 162, 165, 166, 169 del D.P.R. 917/1986 (T.U.I.R.) Art. 58 e 59 del D.P.R. 600/1973 (Decreto Accertamento) Art. 2359 c.c. c.m. 304 del 1997, R.M. 381944 del 1980, R.M. 383592 del 1980, c.m. 119 del 1994, R.M. 54 del 1994, c.m. 140 del 1999, Ris. AE 351 del 2008, Ris AE 471 del 2008, circ AE 22 del 2004</p>



Focus

"Il diritto di asilo alla luce del diritto comunitario"

La normativa italiana: procedura amministrativa e giurisdizionale.

di Giselda Stella

Il diritto di asilo è riconosciuto dall'art. 10, comma 3° della Costituzione italiana, secondo cui: *" lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge"*.

La Corte di Cassazione ha chiarito che "in assenza di una legge organica sull'asilo politico che, in attuazione del dettato costituzionale, ne fissi le condizioni, i termini, i modi e gli organi competenti in materia di richiesta e di concessione, il diritto di asilo deve intendersi come diritto di accedere nel territorio dello Stato al fine di esperire la procedura per ottenere lo status di rifugiato politico" (Cass. 1.9.2006, n.18940; Cass. 23.8.2006, n.18353).

Premesso che sul piano pattizio la disciplina dello status di rifugiato è stata introdotta con la Convenzione di Ginevra del 28.7.1951, ratificata in Italia con legge 24.7.1954 n.722, modificata dal protocollo di New York del 31.1.1967, ratificato con legge 14.2.1970 n.95, l'attuale normativa interna in materia di protezione internazionale è contenuta, essenzialmente, nel d.lgs. 19.11.2007 n.251, che ha dato attuazione alla direttiva 2004/83/CE, e nel d.lgs. 28.1.2008 n.25, in esecuzione della direttiva 2005/85/CE.

Il primo dei due decreti legislativi si occupa in modo preminente degli aspetti sostanziali (condizioni per l'accesso alle varie misure), mentre il secondo delinea le procedure da osservare in sede amministrativa e giurisdizionale.

Deve aggiungersi, per completare il quadro normativo delle misure di "protezione internazionale" riconosciute dall'ordinamento italiano allo straniero o all'apolide, il richiamo all'art. 5 co. 6 del d.lgs. 286/98 sui permessi umanitari.

Con la precisazione che la norma in parola disciplina fattispecie ormai in gran parte ricomprese, a seguito dell'entrata in vigore dei decreti citati, nella sfera applicativa del d.lgs. n.251/2007 e segnatamente nelle misure di "protezione sussidiaria".

Tuttavia la Suprema Corte ha chiarito che residua uno spazio applicativo autonomo della norma sui permessi umanitari, che configurano attualmente una misura a carattere residuale (così Corte di Cassazione – sez.I, ordinanza 24.3.2011 n.6872).

Ricorrendone i rispettivi requisiti, lo straniero o l'apolide possono dunque accedere, nell'ambito delle misure di "protezione internazionale" apprestate dall'ordinamento interno, allo status di rifugiato, allo status di protezione sussidiaria ovvero alla protezione umanitaria.

I requisiti oggettivi e soggettivi delle diverse misure di protezione saranno esaminate anche alla luce del contributo interpretativo della giurisprudenza.

Si rileva fin d'ora, tuttavia, che l'art.34, co.4, del d.lgs. n.251/2007 esprime il netto favore legislativo per l'esame unico delle condizioni e delle ragioni umanitarie del richiedente asilo.

Le diverse misure possono, quindi, essere richieste in via gradata nell'ambito di una stessa istanza (in sede amministrativa o giurisdizionale), e comunque accordate in via alternativa dal Giudice, il quale, a fronte della generica richiesta di "protezione internazionale", dovrà accertare la ricorrenza dei presupposti per la misura concretamente applicabile (così Cass., ord. N.6879/2011: "con la domanda di protezione internazionale, ancorché indistinta, il richiedente ha diritto all'esame delle condizioni di riconoscimento delle due misure di protezione internazionale, previste nelle Direttive, ma senza escludere la possibilità del rilascio di un permesso sostenuto da ragioni umanitarie").

STATUS DI RIFUGIATO

In base all'art.2 lett. e) del d.lgs. 251/2007 si considera "rifugiato il cittadino straniero il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può, o a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese, oppure apolide che si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può, o a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno".

La normativa tipizza altresì gli "atti di persecuzione", tratteggiati dall'art.7 del citato d.lgs., che per chiarezza espositiva viene pure di seguito riprodotto.

"1. Ai fini della valutazione del riconoscimento dello status di rifugiato, gli atti di persecuzione, ai sensi dell'art.1 A della Convenzione di Ginevra, devono alternativamente:

- a) essere sufficientemente gravi, per loro natura e frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa, ai sensi dell'art.15, paragrafo 2, della Convenzione sui Diritti dell'uomo;
- b) costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lett. a).

2. Gli atti di persecuzione di cui al comma 1 possono, tra l'altro, assumere la forma di:

- a) atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale;
- b) provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio;
- c) azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie;
- d) rifiuto di accesso ai mezzi di tutela giuridici e conseguente sanzione sproporzionata o discriminatoria;
- e) azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza del rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo potrebbe comportare la commissione di crimini, reati o atti che rientrano nelle cause di esclusione di cui all'art.10 co.2;
- f) atti specificamente diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia".

STATUS DI PROTEZIONE SUSSIDIARIA

La "protezione sussidiaria" va, invece, riconosciuta, ai sensi dell'art.2 lett. g) del medesimo d.lgs., al "cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito dal presente decreto e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese".

Danni gravi, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, sono da considerare:

- a) la condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte;
- b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine;
- c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale" (così l'art.14 del d.lgs.).

La Corte di Giustizia europea con la sentenza del 17.2.2009, pronunciata nella causa C 465/07 ha precisato che il danno definito anche nella direttiva come "minaccia grave e individuale alla vita o alla persona" del richiedente riguarda **"un rischio di danno più generale degli altri due tipi di danni"** e che "al momento dell'esame individuale di una domanda di protezione sussidiaria, si può tener conto dell'estensione geografica della situazione di violenza indiscriminata, nonché dell'effettiva destinazione del richiedente in caso di rimpatrio, e dell'esistenza, se del caso, di un serio indizio di un rischio effettivo quale il fatto che un richiedente ha già subito minacce gravi o minacce dirette di tali danni, a meno che vi siano buoni motivi per ritenere che tali danni gravi non si ripeteranno, indizio in considerazione del quale il requisito di una violenza indiscriminata richiesto per poter beneficiare della protezione sussidiaria può essere meno elevato", sicché "le pertinenti

disposizioni della direttiva devono essere interpretate nel senso che **la protezione sussidiaria non è subordinata alla condizione che il richiedente fornisca la prova che egli è interessato in modo specifico a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale**".

PROTEZIONE UMANITARIA

La disciplina sui permessi umanitari è desumibile dal combinato disposto degli artt.5, co.6 e 19 del DLT 286/98 (TUI)

In base all'art.19 "in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvioato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione".

In base all'art.5 co.6 del DLT citato "Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, **salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario** o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano".

Come chiarito dalla Suprema Corte (ordinanza n.6879/2011), "Il nuovo sistema di protezione internazionale ha introdotto una nuova misura, la protezione sussidiaria, che per le caratteristiche intrinseche ed il regime normativo cui è assoggettata, può ritenersi in parte nuova ed in parte assimilabile, esclusivamente sotto il profilo dei requisiti necessari per il suo riconoscimento, ai permessi di natura umanitaria enucleati dalla lettura coordinata dell'art.5 co.6 ed art.19 d.lgs. n.286 del 1998".

In particolare, il riscontro di un rischio effettivo di essere sottoposto a pena di morte, tortura o trattamenti inumani e degradanti "non costituisce più una condizione idonea soltanto al rilascio di un permesso di natura umanitaria, di carattere temporaneo, rilasciato dal questore ex art.5 co.6 DLT n.286/98, ma dà diritto ad una misura di protezione internazionale, stabile, accompagnata da permesso di soggiorno triennale e dalla fruizione di un complesso quadro di diritti e facoltà (accesso al lavoro, allo studio e alle prestazioni sanitarie)".

La coincidenza di requisiti tra la misura di protezione sussidiaria e i permessi umanitari preesistenti, trova un espresso riconoscimento giuridico nell'art. 34 , co.4, del DLT n. 251/2007.

La norma prevede che un permesso umanitario, rilasciato ai sensi dell'art.5, co.6, d.lgs. n.286/1998 prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n.251 del 2007, su richiesta dell'organo tenuto all'esame dell'istanza dello status di rifugiato, al momento del rinnovo muta il titolo in protezione sussidiaria.

Tuttavia, come anticipato, le due figure sono solo parzialmente sovrapponibili.

Infatti l'art.32, co.3 del d.lgs. n.25 del 2008, stabilisce che la ricorrenza di gravi motivi umanitari diversi da quelli posti a base del riconoscimento della misura della protezione sussidiaria giustifichi il rilascio di un permesso di soggiorno ai sensi dell'art.5 co.6 del DLT 286/98.

La Suprema Corte (ordin. N.6879/2011 citata) ha ben sottolineato "la specificità della tutela residuale in disamina, nel senso che essa, non casualmente correlata ad un predeterminato arco di tempo, spetta quando le gravi ragioni di protezione accertate, ed aventi gravità e precisione pari a quelle sottese alla tutela maggiore, siano sol temporalmente limitate(ad esempio per la speranza di una rapida evoluzione del Paese di rimpatrio o per la stessa posizione personale del richiedente, suscettibile di un mutamento che faccia venir meno l'esigenza di protezione)".

PROFILI PROCEDURALI IN SEDE AMMINISTRATIVA E GIURISDIZIONALE

In sede amministrativa, il regime normativo delineato dal DLT 25/2008 prevede la competenza esclusiva delle "Commissioni territoriali" (la cui formazione e composizione sono illustrate agli artt.3 e 4 del DLT citato) nella valutazione dei requisiti per accedere alla protezione internazionale e nella determinazione della misura concretamente applicabile. A seguito dell'istanza, presentata per il tramite degli uffici di polizia di frontiera o di questura del luogo di dimora abituale del richiedente asilo, le Commissioni avviano un procedimento amministrativo nelle more del quale lo straniero è legittimato a trattenersi nel nostro Paese. E' disposta l'acquisizione di informazioni ai sensi e secondo le modalità di cui all'art.8 del DLT (cioè tramite ACNUR, Ministero Affari esteri, ma anche *aliunde*) ed un colloquio personale con l'interessato.

Ove la Commissione non accolga la domanda di protezione internazionale, ma ritenga ricorrenti i presupposti per il rilascio di un permesso umanitario ex DLT 286/98, trasmette gli atti al questore al quale, come chiarito dalla Suprema Corte (Cass. S.U. ordinanza del 19.5.2009 n. 11535), a differenza che nel regime giuridico antecedente, non è più attribuita alcuna discrezionalità valutativa in ordine all'adozione dei provvedimenti riguardanti i permessi umanitari, coerentemente con la definitiva attribuzione alle predette Commissioni di tutte le competenze valutative in ordine all'accertamento delle condizioni del diritto alla protezione internazionale, definitivamente affermata nell'art.32 del DLT n.25/2008, di attuazione della Direttiva CE 2005/85 dell'1.12.2005.

E' la stessa Commissione, invece, ad accordare lo status di rifugiato o la protezione sussidiaria.

L'art.35 DLT 25/2008 disciplina la procedura giurisdizionale avverso l'eventuale provvedimento negativo della Commissione. La competenza spetta al tribunale distrettuale

(“che ha sede nel capoluogo di distretto di corte d’appello in cui ha sede la Commissione territoriale che ha pronunciato il provvedimento).

Si applica la procedura camerale.

La pendenza del ricorso giurisdizionale sospende l’efficacia del provvedimento di espulsione, salvo che il richiedente sia ospite di centri di accoglienza di cui all’art.20 del DLT in esame, nel qual caso può comunque essere disposta dal Giudice, ad istanza del ricorrente, la sospensione ove ricorrano gravi e fondati motivi.

Avverso il provvedimento negativo del Tribunale è ammesso ricorso in Corte d’Appello, che decide all’esito di una procedura camerale, e quindi in Cassazione.

ONERE PROBATORIO A CARICO DEL RICHIEDENTE E POTERI OFFICIOSI DEL GIUDICE

Un’ultima notazione –per la sua evidente importanza pratica -merita l’analisi del riparto dell’onere probatorio, in sede giurisdizionale, circa la ricorrenza delle condizioni prescritte per l’ammissione alla protezione internazionale.

Il richiedente asilo, pur gravato dall’onere probatorio in ordine alla sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dello status di rifugiato, può assolverlo, come chiarito dalla Suprema Corte, anche in via di presunzione, “tenendo conto delle difficoltà determinate da un allontanamento sovente forzato e segreto, tale da rendere normalmente necessario il ricorso allo strumento presuntivo”, e così beneficiando di un “limitato o attenuato onere probatorio, in ragione del ridotto grado di disponibilità obiettiva delle prove”(così Cass., S.U., n.27310 del 17.11.2008).

Nella stessa pronuncia citata, la Suprema Corte precisa che “in tema di riconoscimento dello status di rifugiato i principii che regolano l’onere della prova, incombente sul richiedente, devono essere interpretati secondo le norme di diritto comunitario contenute nella direttiva 2004/83/CE, recepita con il DLT 251/2007”.

La Suprema Corte chiarisce ancora in una diversa pronuncia (Cass. ord. N. 17576 del 27.7.2010) che è altresì onere del giudice “avvalendosi dei poteri officiosi d’indagine ed informazione indicati nell’art.8 del d.lgs. n.25 del 2008, non limitarsi ad un accertamento prevalentemente fondato sulla credibilità soggettiva del ricorrente ma verificare la situazione del Paese ove dovrebbe essere disposto il rientro”.

Infatti “il giudice deve svolgere un ruolo attivo nella istruzione della domanda di protezione internazionale, del tutto prescindendo dal principio dispositivo proprio del giudizio civile e dalle relative preclusioni, e di contro fondandolo sulla possibilità di acquisizione officiosa di informazioni e documentazione necessarie” (così S.U. n.27310/2008).

Il presente contributo non aspira ad un apporto teoretico e speculativo sul delicato tema in esame, ma unicamente si propone di costituire un ausilio di base, un supporto operativo minimo che, nel ricostruire e sintetizzare il quadro normativo di riferimento, consenta un primo

approccio ad un settore – quello dell’immigrazione – in cui la tutela dei diritti fondamentali della persona non è ancora un dato acquisito.

Il contributo solidaristico di tutti gli operatori del settore (avvocati, magistrati, personale amministrativo e di polizia) per l’affermazione di una tutela effettiva e fruibile con semplicità dai destinatari delle norme (gli immigrati), costituisce un dovere la cui attuazione è imposta dall’art.2 della nostra Costituzione.



Criminologia del nuovo millennio

I CRIMINI DEL GRUPPO: BANDA E BRANCO DUE DISTINTI FENOMENI^{159 160}

di Rosalia Manuela Longobardi

Lo studio delle ragioni che spingono all'emersione dei fenomeni di criminalità di gruppo sono anche oggi al centro dell'interesse degli addetti ai lavori. È bene sottolineare che sia le ragioni che la struttura dei crimini e dei comportamenti devianti non sono le medesime anche i concetti di branco e banda infatti nascondono profonde differenze.

Uno dei più importanti contributi sulle spinte motivazionali e le strutture razionali dei gruppi criminali proviene senza dubbio da Edwin Sutherland, egli sosteneva che la devianza e in seguito la criminalità sono apprese in maniera e tempi diversi.

Sutherland sosteneva che la condotta criminale di un individuo viene orientata dalle norme e dai valori del gruppo che ha frequentato e dalle modalità in cui si è instaurato il processo comunicativo relazionale; è attraverso il confronto con il gruppo che l'individuo (spesso in giovane età) si incarna in una visione idealizzata del leader degli altri membri del gruppo di riferimento.

Sutherland, per esprimere gli influssi del gruppo sul singolo, elaborò il concetto di associazione differenziale: i contenuti dei modelli dell'associazione variano secondo gli individui ed è il "contenuto" della comunicazione, il punto focale dell'interazione.

La teoria dell'associazione differenziale fu poi sviluppata da contributi di sociologia (se ne conoscono due versioni della teoria in esame) in relazione al fenomeno delle bande giovanili. Nel gruppo i giovani, in particolare, acquisiscono comportamenti e abitudini dai compagni a seconda anche della personalità di ogni membro del gruppo: il "gruppo dei pari": all'interno del gruppo si creano, in un processo di comunicazione verbale e non, i vari status di leader, gregario e subalterni vari.

¹⁵⁹ Manuale di criminologia G.Ponti

¹⁶⁰ Tesi di dottorato della D.s.s Assunta Cusano – CEPIC (per degli interessanti spunti di riflessione sul fenomeno delle bande giovanili)

Il gruppo dei pari è una potente forza che proietta semplicemente un microcosmo della vita sociale. Esso non è il fenomeno deviante ma lo strumento associativo primario di un individuo che può essere utilizzato anche per l'espressione di positività. Alle carenze della teoria di Sutherland supplì Cressey attraverso la teoria dei ruoli: il ruolo dell'individuo nel gruppo si crea attraverso un processo di razionalizzazione delle verbalizzazioni apprese.

Infine un altro importante contributo è quello che proviene da Glaser Daniel, il quale non disconoscendo la validità della teoria del Sutherland adottò il concetto interazionista simbolico di identificazione (identificazione differenziale): il grado e la forza dell'identificazione con un'altra persona è l'ingrediente chiave per l'apprendimento dei valori anche da coloro che non erano associati come i personaggi pubblici.

A questo punto occorre fare una distinzione dei modi in cui il gruppo dei pari agisce; infatti, laddove il gruppo dei pari, influenzato da fattori negativi, si spinge a fenomeni di devianza e criminalità temporanea e disorganizzata avremo **il cd bianco**;

Diversamente il fenomeno del gruppo dei pari che agisce invece in una modalità organizzata con compiti e finalità ben precise viene a costituire una banda criminale.

Molti studiosi hanno cercato di spiegare il fenomeno delle bande attraverso l'analisi dell'ambiente e dell'origine. In particolare la scuola di Chicago ha portato avanti la valorizzazione del concetto sociologico della sub-cultura. Interessante è il concetto di "sottocultura delinquenziale", si intende quella di un sottogruppo (gruppo sociale dotato di una propria cultura fortemente differenziata rispetto a quella dominante) che ha una sua particolare visione normativa in contrasto con ciò che la cultura generale considera come legale; pertanto risulta essere la cultura di un sottogruppo che pur avendo molti valori normativi comuni con altri gruppi, se ne diversifica per quanto attiene certi comportamenti inibiti dalla legge, non qualificandoli anti-giuridici.

Uno degli elaboratori delle teorie sociali più attivi su tale sottocultura è Cohen, lo studioso sosteneva che le ragioni principali della creazione di bande, specie in età giovanili, si devono alle ineguaglianze sociali - economiche che certi giovani hanno dovuto subire a causa del loro appartenere a classi sociali disagiate e agli scarsi mezzi di cui dispongono.

Altri due autori Cloward e Ohlin, invece, utilizzano la teoria di Cohen arricchendola.

I due studiosi individuano tre tipologie di bande: Le bande criminali nascerebbero allora come risposta ai bisogni di unione e di riconoscimento reciproco di questi giovani devianti, costretti al margine dalla società. a) "Le bande criminali, costituite

da soggetti inizialmente dediti alle più comuni attività appropriatrici illecite; b) "le bande conflittuali" sono invece dedite alla violenza e al vandalismo sistematico, senza finalità primariamente appropriative, mirando a distruggere i simboli irraggiungibili e ad esprimere così irrazionalmente, con la violenza gratuita appunto, la protesta per esserne esclusi; c) "le bande astensionisti che", infine, sono composte da quei giovani nei quali la frustrazione ha provocato una fuga che si esprime attraverso il rifiuto globale della cultura stessa, dalla quale cercano di evadere mediante l'abuso di alcol e sostanze stupefacenti.

I due studiosi, alla luce delle summenzionate teorie, sostengono che il concetto di attività criminale nelle classi inferiori crea una forma di sub-cultura delinquenziale la cui esistenza dipende dal grado d'integrazione presente nella comunità e senza la quale (struttura criminale instabile) avrebbero meno possibilità di successo utilizzando canali criminali rispetto a quelle che avrebbero utilizzandone di legittimi.

Infine per mera chiarezza è bene porre l'accento come fenomeni di aggregazioni per finalità criminali quali associazioni di criminalità organizzata o di gruppi terroristici di varie ideologie non possono essere puntualmente esaminate vista la complessità degli argomenti e delle ragioni socio - economiche e storiche che vi sono alla base delle medesime



Oltre il mio nome – L'intervista

Intervista al Giudice Maurizio Santoloci

di Barbara Carrara e Samantha Mendicino

Quis est?

Maurizio Santoloci, è magistrato di Cassazione con funzione di giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Terni. È stato membro della Commissione ministeriale per la revisione del Testo Unico ambientale. E' stato consigliere di tre Ministri dell'ambiente per i reati ambientali. È direttore della Testa giornalistica on line www.dirittoambiente.net. Da oltre venti anni insegna, come docente titolare, le materie di "Tecnica di Polizia Giudiziaria ambientale" e diritto dell'ambiente, con particolare riferimento a rifiuti ed acque. Tiene corsi presso la Scuola nazionale della Capitaneria di Porto - Guardia Costiera, la Scuola nazionale del Corpo Forestale dello Stato, il Comando Carabinieri per la Tutela dell'Ambiente, la Guardia di Finanza e molte polizie locali, nonché per il personale tecnico di molte amministrazioni locali. E' direttore del Centro Studi per le Tecniche di Polizia Giudiziaria del Corpo Forestale dello Stato. È stato vice presidente nazionale del WWF Italia ed è direttore dell'Ufficio Legale nazionale della LAV (Legambiente)

L'intervista.

Dott. Santoloci, tra le Sue pubblicazioni troviamo un recente lavoro editoriale dal titolo "**Tutela giuridica degli animali. Aspetti sostanziali e procedurali**"; tra i pregi dell'opera senz'altro se ne apprezza anche il taglio pratico, destinato agli operatori del settore ed a tutti coloro che in genere desiderano impegnarsi a fondo per la tutela dell'ambiente e degli animali.

Da dove nasce questo Suo impegno nei confronti dei problemi dell'ambiente ed allo sfruttamento e maltrattamento degli animali? Da un episodio in particolare?

No, l'impegno a difesa degli animali e dell'ambiente è praticamente nato con me ed è fisiologico da sempre. E' un impegno maturato già in età giovanissima allorché ho partecipato alla nascita dei primi movimenti spontanei associativi in questi settori con altri adolescenti. Poi da tali militanze "su strada", con i primi tavoli e le prime mostre realmente artigianali siamo riusciti a creare un iniziale embrione di vita associativa che – poi – nel tempo – ha seguito le sue logiche evoluzioni. Diciamo che l'impegno sociale è stato quello iniziale e non è mai venuto meno fino ad oggi, e su questo si è poi innestato – una volta adulto – l'impegno giuridico e scientifico. Ma tutto nasce dai tavoli da pic-nic presi in cantina e messi su strada sotto i portici di Piazza Colonna a Roma contro la strage degli animali da pelliccia e con i secchi di colla per affiggere manifesti e contro la vivisezione.

Nel 2004, la legge 189 con cui venne innovata la normativa codicistica in tema di reati nei confronti degli animali fu anche il risultato di uno sforzo significativo da parte della LAV per far sì che si arrivasse al presupposto giuridico della salvaguardia degli animali in via diretta e non più solo attraverso la tutela della morale pubblica: possiamo, dopo otto anni, fare qualche bilancio per un sistema di salvaguardia sostanziale degli animali?

Certamente si è trattato di una "rivoluzione" che molti ancora non hanno ancora ben recepito. In passato il grande problema per la difesa giuridica degli animali era che nel nostro sistema giuridico non esisteva di fatto una norma finalizzata a tale specifico obiettivo. Al tempo veniva tutelato non l'animale in se stesso in quanto essere vivente, ma il comune sentimento di pietà che veniva offeso allorché un animale veniva maltrattato o ucciso in via gratuita. Per anni la giurisprudenza è dovuta intervenire per limare ed aggiornare quest'arcaico concetto. E anche in questo settore è transitato un forte impegno da parte mia, al tempo come pretore, per redigere alcune sentenze nelle quali si cercava di contribuire a leggere ed aggiornare la chiave interpretativa di questa antica norma alla luce delle più moderne ed attuali esigenze di tutela e di benessere degli animali. Fortunatamente la Cassazione ha ben recepito questi messaggi della iniziale giurisprudenza di merito, ed ha redatto alcune sentenze storiche nelle quali andava ad applicare la normativa in modo più attuale e concreto, riconoscendo che doveva essere considerato come oggetto del reato anche e soprattutto l'animale in quanto essere vivente e senziente (e quindi capace di provare dolore). Tale dinamica giurisprudenziale ha poi aperto le porte alla importante e radicale riforma legislativa che alla fine ha ottenuto un ottimo risultato con la nascita di reati importanti e significativi a tutela degli animali ma, soprattutto, ha consentendo di cambiare l'impostazione di fondo del principio di base, andando oggi riconoscere l'animale direttamente oggetto della tutela senza meccanismi indiretti. D'altra parte tutta la rassegna di giurisprudenza e di interventi giudiziari successivi a questa riforma, salvo trascurabili ed isolati casi infelici, ha confermato la validità di queste nuove norme che vengono

applicate a tutto campo e con esiti estremamente positivi, e addirittura a volte con sentenze clamorose, che hanno consentito di incidere in settori anche importanti (qualche esempio quelli industriali e commerciali, fino all'ora di fatto intoccati ed intoccabili).

Alcuni aspetti della nuova normativa non andarono esenti da critiche, in particolar modo in tema di coordinamento tra la disciplina codicistica e quella invece contenuta nella normativa speciale.

L'obiettivo del testo di legge era tuttavia la salvaguardia di tutti gli animali, domestici e selvatici. Quali sono state le problematiche afferenti alla corretta interpretazione del concetto di animale tutelato?

Ritengo che tutte le critiche e le polemiche che sono state attivate, e che ancora oggi a volte vengono rispolverate, contro questa nuova normativa vigente sono veramente strumentali e prive di fondamento. È apparso pacifico fin dal primo momento che tutto il contesto dei nuovi reati non era assolutamente limitato, come qualcuno ha affermato e continua ancora ad oggi ad affermare, agli animali d'affezione (e cioè sostanzialmente ai cani e gatti domestici), ma era ed è un insieme di reati che si applica a tutto campo verso tutto il mondo degli animali, sia a livello



affettivo, che commerciale che industriale, circense, venatorio, vivisezione ed in ogni altro settore della nostra struttura sociale. Il malinteso deriva da un fatto singolare.

È logico, è comprensibile, e con questi nuovi reati non si poteva abolire, come qualcuno forse irrazionalmente sperava, ogni attività che andasse a toccare un animale... Quindi era - ed è ancora oggi - assurdo sperare che con i nuovi reati a danno dagli animali i cacciatori non potessero più cacciare gli animali e quindi la caccia venisse automaticamente abolita, come era assurdo pensare e sperare che con questi reati si potesse abolire integralmente la macellazione degli animali o l'uso degli animali nei circhi o la vivisezione. È logico che parliamo di reati, e cioè di situazioni in antitesi alle regole per palese violazione della norma di settore. Normativa di settore che in



Articolo del 09/12/1982, a firma di Gabriella Cortini

ciascun campo non può essere certo abolita da tali reati! Dunque è logico che tali reati fanno salvo, ad esempio, l'esercizio legale della caccia; per abolire la caccia, si deve abolire la legge che la consente... Ma fino ad allora è naturale che – nonostante che noi possiamo essere contro la caccia – la caccia stessa è una pratica legale e finché un animale viene ucciso rispettando le regole della disciplina venatoria certo non si può accusare un cacciatore in regola di tali reati! Ma se nell'ambito dell'attività venatoria si viola la legge, e ad esempio si acceca un uccello per farne un richiamo (fatto vietato dalla norma) allora ecco che puntualmente i reati in questione si applicano anche al settore venatorio che non è affatto *free* da tale applicazione come qualcuno sostiene... La stessa cosa per tutti gli altri settori. Il campo della macellazione è regolato da leggi; ma il caso delle condanne per le "mucche a terra" dentro i mattatoi conferma che anche questo settore va visto perfettamente applicata la nuova norma senza zone franche. Ma recentemente la clamorosa sentenza della Cassazione che ha stabilito l'applicazione dei nuovi reati anche al settore dei circhi credo che abbia smentito in modo deciso e – si spesa – definitivo ogni dubbio contrario...

Una questione da sempre molto sentita nell'ambito della tutela degli animali è quella relativa alle cosiddette "prassi generalizzate", ovvero tutti quei comportamenti usuali che per gli animali si traducono in sofferenza e, quindi, costituiscono maltrattamenti a tutti gli effetti ma che evidentemente non vengono considerati tali nel comune sentire: quali, ad esempio, l'uso dei collari elettrici per i cani, l'utilizzo di richiami vivi in ambito venatorio, l'abitudine di tenere i crostacei sul ghiaccio da parte dei ristoratori. Qual è il tipo di intervento in questi casi?

Anche in questo caso le prassi a volte prendono il sopravvento sulle regole e la battaglia giuridica per far prevalere il diritto e l'applicazione della legge sulle consuetudini e sul "Codice Così Fan Tutti" è importante e decisiva. Ma anche in questi settori abbiamo fino ad oggi ottenuto buoni successi. Il caso delle pronunce di condanna penale sui crostacei sul ghiaccio ne costituisce diretta conferma: era impensabile fino a qualche anno fa una giurisprudenza del genere.. Lo stesso per sagre e fiere crudeli; per gli accecamenti degli uccelli veramente ormai il principio è assodato e stabilizzato. Un problema in questo campo è quello "intermedio", cioè sensibilizzare gli organi di vigilanza in primo luogo per favorire l'applicazione della legalità anche in questi settori "ammorbiditi" da una patente di prassi sociale. Per questo conferenze e giornate di studio presso le scuole di polizia e sedi locali degli operatori di controllo sono preziosi. L'impegno a cavallo tra risveglio culturale e pretesa di applicazione della norma deve andare parallelo e su questo fronte c'è una dedizione diretta di tutti noi in modo specifico proprio per favorire crescita di principio convinte e condivise anche e soprattutto da parte degli organi di vigilanza.

Con decreto del ministero dell'Interno nel marzo 2007 venne istituito all'interno del Corpo Forestale il NIRDA (Nucleo Investigativo per i Reati in Danno degli Animali), quale organo di polizia nazionale per la prevenzione di questa tipologia di reati: possiamo chiarire il riparto di competenze di polizia giudiziaria in tema di tutela di diritti degli animali?

In questo settore – come in altri ad esempio nel campo ambientale – il sistema giuridico prevede organi specializzati di eccellenza che sono finalizzati con la loro preziosa azione solo a tali specifiche finalità. Si tratta di strutture assolutamente di grande riferimento che sono insostituibili per affrontare i casi più complessi, articolati e difficili, ma anche per favorire all'interno della propria amministrazione e tra gli altri colleghi non specializzati un crescente grado di sensibilità di percezione di approccio verso tali reati. Il NIRDA nel CFS è proprio questo organo di eccellenza con una storia di risultati lodevoli e di primario successo. Tuttavia non si deve cadere nell'equivoco che tutti gli altri organi di PG, sia del CFS che di ogni altra forza di polizia statale e locale, sono adesso esenti dal dovere di intervenire in caso di reati a danno di

animali.

Ogni agente ed ufficiale di PG mantiene il potere (ma soprattutto dovere) di operare per prevenire e reprimere questi reati in via ordinaria, eventualmente chiedendo l'intervento dell'organo specializzato in situazioni specifiche. Altrimenti questi organi di eccellenza dovrebbero essere onnipresenti tutti i giorni in ogni angolo del territorio nazionale... La specializzazione non rende esenti gli altri operatori di PG comunque dall'intervento... Il fatto che in Questura esiste la Squadra Narcotici, non significa che se l'agente della polizia ferroviaria o della volante vede uno spacciatore in azione si può dichiarare "non competente" per intervenire...

NOTIZIE

RAPACE ALLEVATO A SPESE DELLO STATO

È accaduto a Sorgono, sotto il Gennargentu, dove il pretore Maurizio Santoloci ha predisposto in tal modo la restituzione al patrimonio collettivo di un piccolo sparviero rubato dal nido



Maurizio Santoloci, ventiseienne pretore di Sorgono, con il giovane sparviero.

Chi detiene a qualunque titolo esemplari di fauna protetta non da lui abbattuti (come collezionisti, imbalzamatori) risponde del reato di ricettazione. Chi uccide abusivamente animali ma non se ne appropria, oppure distrugge nidi e tane, o ferisce selvatici per puro vandalismo, è responsabile del reato di danneggiamento".

Queste le conseguenze che Maurizio Santoloci, pretore di Sorgono, in provincia di Nuoro, trae dalla teoria giuridica per cui la caccia di frodo sarebbe configurabile come furto ai danni del patrimonio indisponibile dello Stato, teoria della quale egli stesso è convinto sostenitore (vedi "Opinioni" a pagina 20). E siccome per il ventiseienne magistrato tra il dire e il fare non c'è di mezzo il mare, ecco che appena nominato ha emesso il primo mandato di cattura mai spiccato in Italia contro un braconiere e in un'altra occasione ha disposto in modo assolutamente inedito l'obbligo "giudiziario" per la cura e la riabilitazione al volo di un uccello protetto.

Ma vediamo i fatti. Nel primo episodio il giovane pretore, che è anche direttore del mensile del Mappao (Movimento anticaccia protezione animali e natura), ha mandato in carcere un braconiere accusato di avere abbattuto quattro cinghiali in periodi di caccia chiusa. Rinviato a giudizio con il rito direttissimo, l'imputato è stato condannato a tre mesi di reclusione e a 500.000 lire di multa. "Il provvedimento restrittivo della libertà personale", ci ha spiegato Santoloci, "va inquadrato come deterrente di un braconaggio che è diventato ormai un mezzo di caccia ordinario e contro il quale sembra inefficace ogni altra forma di difesa sociale".

Nel secondo caso, invece, alcuni vandali rimasti ignoti hanno distrutto un nido di sparvieri e disperso i nidiacei. Uno dei piccoli, però, è stato

e bastando la forma simbolica e l'*enimis rem sibi habenda*", e che dall'altra "la liberazione in *habitat* favorevole è l'unico mezzo per restituire l'uccello al suo stato giuridico naturale".

L'esperto in materia, in questo caso il caniniere Francesco Gambirasio appassionato ornitologo, è diventato così un "custode giudiziario" a tutti gli effetti di legge e, al termine del mandato, potrà chiedere al magistrato il rimborso delle spese sostenute. □

Marco Ausenda

Barbarie sui Lepini contro i lupi appenninici

Di sicuro sono due i lupi uccisi nel corso di quest'anno sui monti Lepini, una catena pre-appenninica laziale, a cavallo fra l'estremità meridionale della provincia di Roma e quelle di Latina e Frosinone. Il bilancio, però, potrebbe rivelarsi ben più pesante. Nonostante la caccia al lupo sia proibita da tempo, a Carpineto, 5.000 abitanti, uno dei più grossi comuni dei Lepini, non si cerca nemmeno di tenere nascosto il fatto che la scorsa estate le battute, cui partecipavano una cinquantina di persone fra cacciatori e allevatori, si sono susseguite con frequenza settimanale.

Le vittime di questa guerra cruenta sono stati cani inselvatichiti, cuccioli e femmine di lupo, o presunti tali (la perizia veterinaria è stata fatta solo nei due casi già accennati). I metodi usati vanno dal pericolosissimo e ultra-vietato boccone avvelenato, al fucile da caccia, alla barbara usanza di bruciarli i piccoli nelle tane.

Questo accade anche perché, in paese, dove gli addetti alla zootecnica e alle attività collaterali superano le 400 unità, i danni al bestiame hanno cominciato a rifarsi consistenti a partire dalla seconda metà degli anni Settanta. Le aggressioni sono attribuibili in massima parte al fenomeno dilagante del randagismo canino, anche se nella zona è stata accertata la presenza di un numero indeterminato ma probabilmente ristretto, di lupi.

"Sui Lepini, come in tutte le zone non appenniniche, i pastori hanno dimenticato come si convive con il lupo", ci spiega lo zoologo Luigi Boitani, uno dei maggiori esperti del settore. "Sono scomparsi i cani da guardia e le recinzioni, e si pratica solo l'allevamento brado. O si riutilizzano alcuni di questi vecchi sistemi di difesa incurante, o la convivenza continua a essere oggettivamente difficile".

Ma quali sono i danni reali arrecati agli armenti? Le somme indicate dagli

ritrovato da un volenteroso che si è recato presso la caserma dei carabinieri di Gadoni per denunciare il fatto e consegnare il rapace. La pretura di Sorgono, territorialmente competente, ha subito aperto un procedimento penale contro ignoti per "danneggiamento aggravato ai danni del bene fauna, patrimonio indisponibile dello Stato, consistito nell'abbattimento di un nido di falco, specie particolarmente protetta, con relativa nidata".

Posta così la questione, il piccolo sparviero è diventato automaticamente "corpo del reato", per cui Santoloci ne ha ordinato il sequestro e l'affidamento "in custodia giudiziale" a un esperto ornitologo "per curarne l'allevamento e la successiva riabilitazione al volo". Trattandosi di un "corpo del reato" molto particolare il pretore ha ordinato, inoltre, che "non appena il volatile avrà raggiunto lo sviluppo adatto, venga posto in libertà in *habitat* favorevole e in questo modo restituito di fatto al suo legittimo proprietario, vale a dire lo Stato, del cui patrimonio indisponibile fa parte *ex lege* senza possibilità alcuna di cattura e detenzione".

Tutto ciò, sempre secondo Santoloci, è giustificato dal fatto che da una parte "lo Stato possiede il bene fauna in senso lato travalicando il concetto superato del possesso *corpore et tactu*,

Con quali modalità operative viene effettuata la attività di prevenzione da parte della polizia giudiziaria per la tutela sostanziale degli animali?

La cultura della doverosità degli interventi della PG a tutela giuridica degli animali negli anni scorsi ha risentito di forti carenze storiche, atteso che era diffuso il messaggio che si trattava di “reati minori” per pochi appassionati e/o particolarmente sensibili. La grande sfida fino ad oggi è stata estendere in modo capillare una rinnovata cultura giuridica presso tutte le forze di polizia statali e locali per garantire un loro impegno seriale nella applicazione dei relativi principi normativi e per la repressione dei reati relativi. In questo contesto la LAV ed altre Associazioni in questi anni hanno sistematicamente svolto conferenze e seminari sia presso scuole di polizia che in ogni occasione didattica per favorire questa evoluzione di impostazione intellettuale nel contesto degli organi di vigilanza. Il risultato è stato positivo e – salvo alcune sacche di resistenza arcaiche vincolate a incrostazioni di principio senza speranza – gran parte delle forze di polizia hanno sviluppato una operatività a volte sorprendente nel contrasto a questa tipologia di illeciti. Anche organi di PG tradizionalmente lontani come *mission* istituzionale da tali categorie di reati stanno dimostrando di agire con operazioni articolate e molto virtuose. Certamente resta aperto il problema dei sequestri di iniziativa, che sono essenziali ed irrinunciabili ma sui quali ancora non si registra una applicazione seriale e sistematica da parte di tutta la PG operante.

Proviamo a fare chiarezza sul tema delle cd. zoomafie. Solo in tempi recenti il fenomeno dello sfruttamento illecito degli animali comincia a ricevere l’attenzione che merita da parte dell’opinione pubblica. Scommesse clandestine, combattimenti di animali, tratta di cuccioli che arrivano da Paesi dell’est europeo in condizioni terribili, senza vaccinazioni e ben prima dell’età consentita per l’importazione: si può parlare di criminalità organizzata?

Assolutamente sì. Far finta che questo fenomeno non esiste è recitare negazionismo allo stato puro. L’annuale rapporto zoomafia della LAV costituisce documento che oggettivamente attesta questo stato di cose. Ed il legame con la criminalità organizzata è sempre più vasto. E non solo per il giro di affari, ma anche come “premio” ed “incentivo” per i proseliti. Basti ad esempio ricordare la “riappropriazione” da parte dello Stato con una vera e propria azione militare di un’area protetta gestita da soggetti malavitosi ed adibita a centro di bracconaggio come svago per aderenti alle varie organizzazioni come momento ludico per premiare la loro fidelizzazione. E le tratte di animali – in un altro contesto – seguono i flussi dei binari del crimine internazionale e generano forti profitti a costi bassissimi e rischi minimi. Le corse clandestine dei cavalli ed i combattimenti tra cani sono infine sotto gli occhi di tutti – anche in diverse trasmissioni televisive – gestite da pregiudicati che non esitano a picchiare davanti a tutti (ed alle telecamere) che osano intromettersi nei loro affari. Cosa altro può essere tutto questo?

Il *business* dei canili lager: i media hanno dato particolare risalto al filone dei canili convenzionati con i Comuni - dove gli animali vengono tenuti in condizioni pietose - e dove la gestione delle struttura viene coperta da finte associazioni zoofile. Quale è la portata del fenomeno e quali gli strumenti di contrasto più efficaci?

Un mondo tutto ancora da esplorare e regolarizzare. Purtroppo come nel mondo ambientalista, dove dopo un sincero e sano impegno iniziale di veri volontari una volta appurato il *business* sono emersi all'improvviso una serie di soggetti del tutto estranei con solo fine di lucro che si sono appropriati non solo dei principi (strumentalizzandoli ai loro fini) ma perfino di alcune strutture associative, anche nel mondo dei canili e della tutela giuridica degli animali in generale è arrivato il nefasto intervento di questi personaggi alieni. Quando anche l'animalismo ha dimostrato di poter generare soldi, accanto ai volontari di sempre animati da spirito sincero e sentimento puro, in alcuni casi (per fortuna non tanto diffusi) sono spuntati fuori i profittatori che, peraltro, oltre a creare situazioni ingovernabili a danno degli animali, rischiano di creare confusione nell'opinione pubblica in quanto si contrabbandano come "animalisti"... Uno degli impegni del mondo ambientalista storica da una parte ed animalista storico dall'altro (uniti in questo come in tanti altri principi ed ideali) deve essere quello di contrastare in modo inflessibile queste situazioni per garantire solarità e trasparenza a tutto campo in questo settore.

In alcuni Stati con una tradizione giuridica romano germanica è stato istituzionalizzato il principio di rispetto per gli animali; è possibile una evoluzione costituzionale in questo senso anche in Italia?

Nel nostro sistema di fatto questo rispetto presso gran parte dell'opinione pubblica già di fatto esiste. Percepisco ogni giorno un animalismo profondo e trasversale tra le persone in tutti gli ambienti ed a tutti i livelli. Il problema è che incrostazioni politiche che ancora vedono in forme cruento verso gli animali fonte di voti non consentono ancora di muovere significativi passi verso evoluzioni di principio più mature. Ma comunque rispetto a pochi anni fa sono già stati fatti passi da gigante. E io sono fiducioso.

A fronte di dodici milioni di animali che vengono utilizzati ogni anno nei laboratori il conflitto etico – scientifico sulla questione della sperimentazione dei farmaci sugli animali è sempre vivo, in particolar modo dopo l'approvazione della direttiva dell'Unione Europea del 2010. Può darci un suo parere in merito?

Il mio è un parere – onestamente – di parte. Lo ammetto. Sono stato sempre contro questa pratica fin da adolescente in modo netto e totale. Credo che soltanto gli enormi interessi economici che gravitano intorno a tale *business* impediscono fino ad oggi una corretta evoluzione della materia. Ed a ciò si aggiunge a volte qualche insospettabile voce qualunque che richiama discorsi sulla presunta scelta tra uomo ed animali da bar sport. E tutto contribuisce a rallentare una auspicabile evoluzione in senso abolizionista di una realtà che a me sembra veramente incredibile che possa ancora esistere.

La sperimentazione animale per i prodotti cosmetici dovrebbe fermarsi nel 2013, secondo il programma stabilito in sede europea, ma già si parla di un rinvio. In altri paesi, come in Cina, non è possibile commercializzare prodotti cosmetici non testati su animali, imponendo così delle scelte commerciali difficili anche alle case cosmetiche che, pur favorevoli ad una politica aziendale "cruelty free", tuttavia, vogliono trovare sbocchi su quei mercati .

Quali prospettive ci sono per una sperimentazione alternativa dei prodotti?

Le prospettive ci sono a livello tecnico e scientifico, ma sono rallentate a livello politico per motivi economici. E' un po' – per fare un paragone improprio – come il caso delle energie alternative: ci sono ma non si scelgono per motivi di base politico/economici. Qui è lo stesso. Un sistema transnazionale vive su queste pratiche e la spinta culturale deve essere immensa per contrastarlo. Credo che solo una presa di coscienza collettiva della popolazione che inizi a rifiutare certi prodotti possa dare un contributo decisivo ad una scelta reale. Per questo le campagne di informazione e sensibilizzazione sono preziose. Come ad esempio è stato a suo tempo – per fare un altro paragone – con la strage dei cuccioli di foca: solo quanto l'opinione pubblica europea – grazie a campagne capillari e dure – ha reagito e preso coscienza del problema, si sono aperte le porte della soluzione normativa per quanto ci riguarda.

Secondo molti l'unica maniera efficace di contrasto per il fenomeno del randagismo è la sterilizzazione. Su questo punto gli enti preposti si sono dimostrati sino ad ora assolutamente carenti: qual'è il problema di fondo?

Una scarsa informazione e sensibilità di fatto. Si sottovaluta il problema o si fa finta di ignorarlo. E soprattutto si cerca di ridurre i costi e di non spendere soldi. Credo che – francamente – il problema sia tutto qui. Gli enti preposti si sono dimostrati spesso inadeguati non solo su questo

fronte. E la motivazione è quasi sempre a base economica. Anche se poi magari nello stesso contesto si spendono soldi per sagre inutili ed iniziative senza senso.

Un'ultima domanda: in Italia esistono veramente molte associazioni animaliste; ancor più numerosi sono quei gruppi che proseguono la loro attività sulle esclusive forze dei loro volontari.

E' possibile che l'eccessiva frammentazione dell'azione di chi condivide questi obiettivi porti infine ad una minore incisività per raggiungere il risultato finale?

Per quanto concerne le grandi campagne da parte delle associazioni di tutela degli animali, quali ad esempio quelle già viste in tema di vivisezione, e randagismo, non sarebbe comunque auspicabile una diversa collaborazione e/o concertazione tra le diverse associazioni per le "azioni" più importanti, visto l'obiettivo comune?

Si ma questa è una realtà storica del nostro vissuto ambientalista ed animalista. Per una serie di motivi nel corso del tempo sono nate diverse strutture, diverse seppur unite dallo stesso fine e dagli stessi obiettivi. Il tema è complesso e potremmo discuterne per ore. Ma inutilmente. La realtà delle cose è questa. E preso atto di tale realtà credo che oggi – rispetto al passato – le cose sono molto migliorate perché l'unione di fatto esiste quasi in ogni grande campagna e sempre più spesso sigle diverse firmano iniziative, documenti ed attività comuni. E questo è bello. Una collaborazione permanente tra tutte le realtà associative, pur nel rispetto delle inevitabili diversità di origine e storia, è la base di una azione futura decisa e penetrante soprattutto sui temi più difficili e ricchi di ostacoli. Però anche qui non possiamo far finta di nulla: esistono anche soggetti e realtà strumentali, nate solo per sfruttare certe situazioni. E l'isolamento di tali seppur limitate situazioni è fisiologico per il successo di una vera e proficua azione comune delle associazioni realmente ancorate ai principi che stiamo condividendo in questa sede.

A distanza di ventidue anni dalla pubblicazione di " In nome del popolo maltrattato" ritiene che sia effettivamente maturata una nuova cultura giuridica per la tutela degli altri animali? Quanta strada pensa si debba ancora percorrere in questo senso?

Assolutamente sì. In questi tanti anni ho percorso tutta l'evoluzione della cultura in materia, e mi sembra oggi di vivere veramente in un altro mondo. Fino a non molto tempo fa chi si occupava di animali (ed inizialmente anche di ambiente) era considerato un personaggio particolare, un po' "fissato"... Tipi strani, a volte esagerati o comunque di idee particolari... Oggi trovo animalisti ed animalisti nei luoghi e posti più impensati e sensibilità in materia inaspettate anche tra

persone che apparentemente non ti aspetti. C'è stato un cortocircuito virtuoso che ha coinvolto gran parte dell'opinione pubblica. E questo in un arco di tempo relativamente breve. Ed è in crescita. La strada da percorrere è ancora tanta, ma tanta è stata percorsa (e recuperata) in periodi sorprendentemente brevi. Direi di andare avanti così!...

del genere» affermano i responsabili del Wwf e aggiungono: «Il provvedimento di Galasso è però un primo passo importante. Perché oggi è cambiata la mentalità nel Paese. È difficile oggi trovare un magistrato che non intervenga a difesa della natura o una sovrintendenza che non denunci un abuso».

«Il decreto Galasso innova in un punto essenziale: laddove protegge i



Un tratto di costa ancora incontaminata vicino ad Arbatax, in Sardegna

fiumi, i torrenti, i corsi d'acqua, i boschi e le foreste, il vincolo difende i polmoni verdi del Paese e poi le vene e le arterie che portano la linfa vitale, l'acqua, al corpo terra. Bloccando le distruzioni in queste zone si eviteranno in futuro frane devastanti e inqui-

namento della falda freatica di superficie» spiega a *Panorama* Mezzatesta e aggiunge: «Proteggere per centocinquanta metri le rive dei corsi d'acqua vuol dire poi difendere una quantità enorme di animali».

E agli elogi dei protezionisti fa eco la voce dei magistrati del gruppo Ecologia e territorio. Per loro il decreto Galasso è di semplice applicazione e di nessun equivoco. In più, oltre all'intervento amministrativo previsto dalla legge è ipotizzabile anche quello penale del pretore. C'è il caso quindi che scattino le manette per un danno arrecato all'ambiente e al territorio. In più esiste una norma, l'istituto della disapplicazione, con la quale il magistrato può bloccare il permesso della sovrintendenza alla costruzione. Nel caso naturalmente in cui quest'ultima renda offesa al paesaggio.

«Insomma l'ambiente è finalmente protetto dalla legge. Non è tutto ma questo strumento in mano agli organismi competenti è efficace» dichiara il pretore Santoloci. «Certo ci sarà un gran lavoro per le sovrintendenze e per gli uffici della pretura. E ci vorrà il contributo dei cittadini, dei privati, delle associazioni culturali, delle forze sociali. Per battere la piaga dell'inquinamento e del degrado ambientale ci vorrà l'intervento di tutti. Ma la battaglia d'ora in poi sarà possibile vincersela».

D'accordo con Santoloci sono sia i gruppi ecologisti sia lo stesso Galasso. Denunciare gli abusi (*vedere riquadro a pag. 235*) sarà un atto semplicissimo nella maggioranza dei casi. Non lo sarà in zone dove la battaglia perché si applichi la legge appare ancora come una conquista e un'utopia.

È il caso della Calabria dove più violento negli ultimi anni è stato lo scempio del litorale, soprattutto iuni-

Maurizio il terribile

Quando può prende la macchina fotografica e si inoltra nei boschi, si apposta tra i canneti sulla riva di specchi d'acqua e aspetta di cogliere al volo la pesca dell'airone, il corteggiamento dell'avocetta, la migrazione dei fenicotteri, la nidificazione dei cormorani. È un fotonaturalista con il pallino della palude. Ma è soprattutto un magistrato-ecologo. Dopo aver fatto il pretore in Sardegna, a Sorgono, e aver fatto parlare di sé per il primo arresto di un bracconiere nella sto-

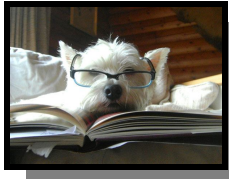
ria giudiziaria italiana, Maurizio Santoloci, 28 anni, vive e lavora ad Amelia, in Umbria.

Ed è il terrore degli speculatori e dei lottizzatori. In giro per controlli con gli uomini della forestale Santoloci conosce palmo a palmo il territorio di sua competenza. «Cosi dovrebbero fare tutti i pretori» ha dichiarato a *Panorama* «perché la tutela dell'ambiente è un compito d'importanza primaria soprattutto per le preture piccole, più legate al territorio». Tra i fondatori del Mapan (Movimento anticaccia protezione animali e natura) Santoloci ha studiato una proposta di legge per punire penalmente il bracconaggio. «Ora che con il decreto Galasso si è data la

possibilità di proteggere meglio i beni ambientali italiani è bene che si vada avanti e si colpiscano i bracconieri» spiega Santoloci. «Non è possibile, infatti, che quei fucilatori che uccidono animali protetti, magari in via di estinzione, debbano pagare ancora una semplice multa e godano dell'immunità penale garantita dalla legge del 1977».

Il pretore Maurizio Santoloci





Convivenza uomo-animale

Ma quale maltrattamento? Son bestie!

Le molteplici forme del maltrattamento a danno degli animali¹⁶¹

di Samantha Mendicino

Sommario: **1)** Breve premessa: nessuna polemica ma chiariamo!; **2)** cosa si intende per "maltrattamento" in senso stretto: i concetti di sevizia, lesione, crudeltà ed assenza di necessità; **3)** la vergogna delle "case chiuse" per il sesso con gli animali ed il caso UEFA EURO 2012, Polonia-Ucraina, legato allo sterminio dei randagi; **4)** cosa si intende per "maltrattamento" in senso omnicomprensivo: i concetti di trascuratezza e negligenza; **5)** il rapporto tra art. 544 ter c.p. ed art. 727 c.p.; **6)** i reati che si configurano con l'inerzia, il silenzio e la connivenza; **7)** Le fiere e le feste tradizionali: spettacoli e manifestazioni vietate; **8)** gli organi pubblici deputati ad intervenire in presenza di reati (e non solo), il NIRDA e gli altri 'nuclei speciali'; **9)** scheda pratica: le associazioni che possono consigliare, orientare e, di fatto, aiutare il cittadino coscienzioso; **10)** abbandono dell'animale e randagismo; **11)** Codice della Strada: omissione di soccorso ad animale ferito e riconoscimento dello "stato di necessità"; **12)** scheda pratica: cosa fare nel caso in cui incontriamo un animale in autostrada o nel percorso stradale; **13)** combattimenti tra animali; **14)** traffico illecito di animali da compagnia (illeciti introduzione, trasporto e cessione); **15)** uccisione dell'animale; **16)** commercio illegale di pelli di animali da affezione; **17)** scheda pratica: quale è il comportamento giusto che il cittadino deve osservare; **18)** una ferita al senso della razionalità e della coscienza comune: la vivisezione.

N.B.: In considerazione dell'importanza dell'argomento nonché della sua complessità, "Le molteplici forme del maltrattamento a danno degli animali" sarà suddiviso in successive trattazioni mensili e l'appuntamento che segue rappresenta i capitoli 1 e 2.

¹⁶¹ Per tutti coloro che dovessero avere dei quesiti in tema, si ricorda che l'e-mail della redazione a cui inviare qualunque richiesta e/o domanda e/o comunicazione e/o commento è: redazione@nuovefrontierediritto.it

1) Breve premessa: nessuna polemica ma chiariamo!

Si inizierà da questo mese l'analisi dei maltrattamenti, in concomitanza con l'intervista che gentilmente ci ha concesso il giudice Santoloci¹⁶² il quale, per chi non lo sapesse, ha dedicato moltissimi anni della propria attività ai reati contro gli animali ed a quelli a danno dell'ambiente. Prima di iniziare l'analisi, però, desidero fare una premessa, la cui necessità discende da alcune recenti polemiche, sviluppatasi in televisione¹⁶³ e sulle riviste, e pervenute, in via indiretta, anche nella e-mail personale.

Mi riferisco a chi, anche per più di una volta, mi ha scritto che il focalizzare l'attenzione sui problemi relativi agli animali è errato, perchè (e qui seguono un personale ordine crescente di irragionevolezza): 1) *ci sono i problemi che riguardano i bambini e la pedofilia*; 2) *abbiamo altri pensieri seri, come la crisi da affrontare (!)*; 3) *gli animali sono stati creati per servire l'uomo*; 4) *chi si occupa degli animali è un misantropo (sic!)*.

Orbene, tralascio le altre motivazioni addotte "contro" l'interessamento ai problemi degli animali, perchè fondamentalmente sono tutte ricollegabili a queste macro-aree di contestazione.

Sia precisato che, nel pieno rispetto dello spirito della rivista, non si ha alcuna intenzione di cedere il passo a facili polemiche. Tuttavia, si desidera fare chiarezza su quello che si reputa un *caos logico-cognitivo* determinato, anche, da superficialità e da spicciola demagogia.

E' risaputo, e gli storici come gli psicologi possono darne conferma, che in tempi difficili l'uomo cerca di "personificare" le proprie paure, per lo più, focalizzando rabbia e rancore contro una determinata categoria di soggetti che, da quel momento in poi, rappresenterà per lo stesso un "nemico tangibile". Ma, nella scelta del soggetto passivo su cui scaricare la propria ansia e la tensione sociale, l'uomo (che ha in sè anche una radice di vigliaccheria) si indirizza su soggetti tendenzialmente più deboli o in minoranza.

Oggi, va molto di moda l'affermazione del concetto secondo cui *"con tutti i problemi che abbiamo, non possiamo mica preoccuparci di cani, gatti ed animali vari che rimangono pur sempre delle bestie"*.

Questa è "la" criptica asserzione che fa da sfondo alla materia.

¹⁶² Puoi leggere l'intervista a pag. 178 di questo numero di *Nuove frontiere del diritto*

¹⁶³ Recentemente è scoppiata una polemica sulla frase di Don Mazzi, sacerdote ed operatore calato nei problemi sociali, soprattutto dei tossicodipendenti e dei ragazzi emarginati, nonché personaggio pubblico e collaboratore di diverse riviste, il quale ha detto: *"Italiani, non spendete soldi per salvare cani e gatti, ma destinate denaro alle nostre strutture. Noi salviamo vite umane..."* (cft. su www.lastampa.it, articolo del 14 aprile 2012, <http://www3.lastampa.it/lazampa/articolo/lstp/449748/>). La gravità della affermazione, per quanto personale, di Don Mazzi si intravede sia nel fatto che, trattandosi di operatore della comunicazione, il sacerdote dovrebbe sapere quale peso psicologico (soprattutto in tempo di crisi) hanno certe affermazioni così assolute; sia nel fatto di voler discriminare un problema a favore della soluzione di un altro, come se il venir meno dell'attenzione sociale sul primo possa garantire la buona riuscita ed il successo al secondo.

Orbene, se è vero che l'uomo è, tra tutti gli esseri viventi, quello più razionale e con "in sè" il senso della giustizia, ne segue che è indispensabile affrontare l'intera questione riportando ogni problema sul campo della razionalità. Faremo entrare in gioco il senso della giustizia e dell'umanità che, ontologicamente, non dipendono dalle contingenze temporali. E tentando di essere scevri dalle opinioni personali, affonderemo un passo alla volta nella palude della nostra realtà, tentando (perchè no?) di bonificarla.

Dunque, partiamo dal concetto di "bestia", così per come qualificato nei vocabolari italiani: "... in locuzioni figurative esprime l'immagine della forza bruta, spaventosa, che non si può capire né controllare" (secondo il Sabatini Coletti, dizionario della lingua italiana su www.corriere.dizionario.it).

Ed ancora: "crucele imposizione di prove avvilenti o dolorose; atto di arroganza, prepotenza, violenta sopraffazione..." (secondo il Devoto- Oli, vocabolario della lingua italiana 2011)

A questo punto nasce spontanea una domanda: ma da quando il mondo è tale, si è mai visto un animale "imporre prove avvilenti o dolorose" ai propri simili? E parimenti: da quando il mondo è tale, si è mai saputo di animali che hanno usato la propria forza "in modo spaventoso e senza motivo"?

Scienza e statistica rappresentano, dell'applicazione della razionalità e della logica dell'uomo, due tra i suoi migliori risultati. Ebbene: scienza e statistica insegnano che, da sempre, è solo ed unicamente l'uomo ad imporre prove dolorose ed avvilenti, anche a carico dei propri simili, al fine di raggiungere i propri interessi particolari. Ed è sempre e solo



l'uomo, l'unico essere vivente capace di togliere la vita, anche ad un proprio simile, per ragioni e scopi diversi dalla necessità della "sopravvivenza".

E, dunque, per rispetto al senso della ragionevolezza, della corretta dialettica e di giustizia: iniziamo a non chiamare "bestie" gli animali.

L'ultima precisazione, infine, si riserva a chi,

"Tutti gli animali diffidano dell'uomo, e non a torto: ma una volta sicuri che non gli si vuol nuocere, la loro fiducia diventa così assoluta che bisogna essere un barbaro per abusarne."
J. J. Rousseau

personalmente, ho pazientemente ascoltato e letto: le critiche menzionate all'inizio di questo articolo non possono, però, restar prive di confronto dialettico. Ebbene:

1) è vero che esiste (ed è particolarmente preoccupante) il problema della pedofilia che rappresenta la madre degli orrori umani. Ma a cosa gioverebbe il non curarsi delle violenze sugli animali rispetto ai soprusi sui bambini? Qual è il nesso logico-causale tra il disinteressamento verso i primi, rispetto all'utilità che ne seguirebbe nei secondi?!

Ed inoltre: non è altrettanto vero che per la criminologia (che è una scienza forense) chi effettua violenze sulle persone ha nel suo passato esperienze di violenze sugli animali¹⁶⁴? Non è forse vero che le vittime vanno tutelate tutte e che sarebbe un controsenso tutelarne alcune a discapito di altre? Non sono vittime, oltre ai bambini ed agli animali, anche le donne quando sono oggetto di violenza (tra cui la violenza sessuale); gli anziani (soprattutto quando si parla delle case di cura dell'horror) o i portatori di handicap (in special modo chi è affetto da handicap psichico)?

Chi si sente a tal punto "arbitro delle vite" da poter stabilire quale vittima è degna di tutela e quale no, ha, probabilmente, problemi di presunzione.

2) la **crisi peggiore** che l'uomo deve affrontare -oggi come probabilmente da sempre- non è la crisi economica ma **la crisi dei valori**. Quando si ha una malattia, si combattono i sintomi (che ne sono la conseguenza) oppure la patologia?

3) non è il concetto in sè che è erroneo e, cioè, che l'animale sia stato creato per servire l'uomo. Si tratta di un pensiero che affonda le sue radici nell'antichità. Tuttavia, è **la modalità di questo utilizzo che è totalmente fuori da ogni logica giuridico-morale**. Se è vero che il cavallo ed il mulo sono animali da soma, è altrettanto vero che gli stessi non sono nati per divenire oggetto di stupro dagli squilibrati di turno. E se è vero che la gallina, il maiale o la mucca devono essere macellati per garantire all'uomo la carne per il suo sostentamento, è altrettanto vero che non c'è ragione logica nè umanità nello sgozzarli e farli morire lentamente anzicchè scegliere per essi una morte repentina.

4) è conosciuto quel detto che fa "più conosco gli uomini, più amo gli animali". Ma associare l'uomo che si prende cura degli animali ad un carattere "di certo" misantropo, pare oggettivamente eccessivo. Inoltre, **il pregiudizio è un male da cui bisogna stare lontani**. I

¹⁶⁴ Sulla rivista americana *Psychology of Violence* è stato pubblicato uno studio effettuato in Svizzera su un campione di 3.648 adolescenti e concernente la violenza dei minori sugli animali. I risultati degli studi sono stati analizzati dai criminologi ed hanno evidenziato che una piccola parte dei giovani aveva effettuato sevizie su animali (per lo più, cani, gatti, altri animali domestici, pesci, rane, lucertole ecc) mentre la stragrande maggioranza degli adolescenti (che rispecchiano gli uomini del prossimo futuro) risultava indifferente al problema. Ma ciò che è peggiore è **che è comprovato che la crudeltà sugli animali è associata ai reati violenti**. Difatti, tutti gli studi scientifici che si sono occupati della relazione tra "sevizie su animali" e "delinquenti violenti", ormai da anni hanno dimostrato che un giovane che ha maltrattato e/o sevizato un animale ha una probabilità statistica pari a tre volte in più rispetto ad altri di commettere reati gravi, caratterizzati dalla violenza e con componenti di collera. **In sintesi: la sevizia su di un animale (essere indifeso e nella facile disponibilità di una persona) è indice di devianza**. Cft. sul sito del "Corriere del Ticino"

preconcetti malevoli sono come un boomerang: quando meno ce lo aspettiamo, tornano indietro.

2) Cosa si intende per "maltrattamento" in senso stretto: i concetti di sevizia, lesione, crudeltà ed assenza di necessità

Eliminiamo in radice ed in via preliminare un possibile dubbio per lo studioso: quando il legislatore parla di "animale" egli intende far riferimento non solo all'animale domestico ma a tutti gli esseri viventi in natura, dunque, anche a quelli selvatici¹⁶⁵.

E procediamo con l'analisi delle norme: per il momento, quelle che maggiormente ci interessano sono l'artt. 544 bis e ter del codice penale.

L'art. 544 bis c.p. così dispone: "*Chiunque, per crudeltà o senza necessità, cagiona la morte di un animale è punito con la reclusione da tre mesi a diciotto mesi*".

L'art. 544 ter invece così stabilisce: "*Chiunque, per crudeltà o senza necessità, cagiona una lesione ad un animale ovvero lo sottopone a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche¹⁶⁶ e` punito con la reclusione da tre*

¹⁶⁵ *ex multis*, vogliamo ricordare una recentissima sentenza della Corte di Cassazione perchè capace di influenzare anche altri aspetti del maltrattamento contro gli animali. Di preciso, ci si riferisce a Cass. Pen., sez. III, sent. n. 11606/2012 secondo cui il reato di maltrattamento sugli animali è applicato sia che si tratti di animali domestici sia che ci si trovi di fronte ad animali non domestici. Ma vi è di più: atteso che nella medesima sentenza la Cassazione ha precisato che il concetto di 'maltrattamento' è applicabile anche a caccia, circhi e sperimentazione (dunque, anche se ci si trova nei cd. settori speciali, sottoposti, cioè, a leggi speciali). Ricordiamo che l'art. 19 disp. att. c.p. è quella norma che esclude dal reato di violenza sugli animali le attività svolte nelle suddette attività speciali di caccia, manifestazioni storiche o culturali, attività circense, sperimentazione, pesca e/o macellazione ecc. In questa pronuncia la Corte precisa che "*l'articolo 19ter disp. coord. C.P non esclude in ogni caso l'applicabilità delle disposizioni del Titolo IX-bis del Libro Secondo del codice penale all'attività circense ed alle altre attività menzionate, ma esclusivamente a quelle svolte nel rispetto delle normative speciali che espressamente le disciplinano*".

¹⁶⁶ Integra il reato di maltrattamento, ad esempio, il comportamento di chi detiene gli animali in condizioni incompatibili con la loro natura. Rientra nell'esempio il caso risalente agli anni '90 e relativo alla detenzione di 130 piccoli uccelli chiusi in gabbie troppo piccole per le loro dimensioni. Si trattava, tra l'altro, di gabbie colme di escrementi in putrefazione e situate in luoghi umidi e bui, non ventilati e maleodoranti (Cass. Pen., sez. III, sent. n. 7/1996). Ed ancora: "... *In tema di maltrattamenti di animali, nel caso in cui la detenzione degli uccelli in gabbia, a fini di richiamo per uso dell'esercizio della caccia, sia lecita e le gabbie, quanto alla loro misura, siano regolari, occorre dimostrare, per affermare la penale responsabilità, che la consumazione delle penne e della coda e lo stress psichico che gli uccelli abbiano subito siano derivati da altri e diversi fattori che non fossero la sola detenzione in gabbie di quella misura. Le diverse ipotesi previste dal primo comma del nuovo testo dell'art. 727 c.p.*

mesi a un anno o con la multa da 3.000 a 15.000 euro. La stessa pena si applica a chiunque somministra agli animali sostanze stupefacenti o vietate ovvero li sottopone a trattamenti che procurano un danno alla salute degli stessi. La pena è aumentata della metà se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte dell'animale".

Dunque, i primi concetti da chiarire sono proprio quelli relativi a 'sevizia', 'lesione', 'crudeltà' ed 'assenza di necessità'.

Già *ictu oculi* si comprende quanto sia importante che il giudice sappia ben riempire questi, che son termini generici, di significato specifico ed attuale, sapendone adattare il contenuto al senso di civiltà e di giustizia.

Orbene, quando il legislatore parla di lesione e di sevizia secondo alcuni viene ritenuto che le stesse esistano solo allorquando dalla condotta del reo sia derivato, a carico dell'animale, un danno fisico. In tale ipotesi, dunque, la lesione sarebbe intesa come "*modificazione menomante a carico di un organo o di un tessuto*"¹⁶⁷

Tuttavia, poichè l'opera di interpretazione di un testo normativo non può limitarsi al suo significato letterale ma deve essere capace di saper inserire in modo equilibrato e logico la singola norma all'interno sia della normativa di riferimento sia del sistema generale di diritto, appare più corretta l'interpretazione di chi fa rientrare tra le lesioni anche i danni psichici o psico-fisici dell'animale. Si pensi a delle fiere selvatiche che per lunghi periodi di tempo son tenute in spazi angusti: magari lesioni fisiche sul corpo di quegli animali non ne saranno trovate ma, di certo, pregiudizi a livello psicologico i (ad esempio: la frustrazione vissuta dall'animale e perpetrata ai suoi danni in un lasso temporale prolungato che ha causato cambiamenti peggiorativi nell'esistenza di quell'essere vivente. Si tratta di danni che possono essere provati da specialisti etologi¹⁶⁸).

(maltrattamento di animali) sono ipotesi distinte ed autonome, che prevedono condotte e comportamenti diversi e che vanno quindi specificamente contestate all'imputato. In particolare, l'ipotesi dell'incrudelimento verso animali è ben distinta, sia per l'elemento oggettivo che per quello soggettivo, dall'ipotesi della sottoposizione degli animali a strazi o sevizie incompatibili con la loro natura. Pertanto, qualora venga contestata una di queste ultime due ipotesi e poi l'imputato venga condannato per quella di incrudelimento verso animali, si tratta non già di una semplice diversa qualificazione giuridica del fatto, bensì della condanna per un vero e proprio fatto diverso, in lesione del diritto di difesa dell'imputato, e che deve considerarsi illegittima, ai sensi dell'art. 521 e 522 c.p., per violazione del principio di correlazione tra l'accusa contestata e la decisione" (Cass. Pen., sent. n. 601/1997)

¹⁶⁷ Devoto- Oli *Vocabolario della lingua italiana 2011*, edizione Le Monnier, pag. 1554

¹⁶⁸ L'etologia è quella parte della scienza/disciplina biologica che studia le abitudini ed il comportamento animale nell'ambiente naturale in cui vive nonché l'adattamento delle piante all'ambiente. Difatti, il termine deriva dalle parole greche *ethos* (carattere) e *logos* (parola, discorso). Uno dei padri dell'etologia è Konrad Lorenz, premio Nobel nel 1973 per la medicina e la fisiologia grazie

Tanto in quanto il legislatore ha voluto, in maniera manifesta, tutelare con la normativa in parola l'incolumità e la salute degli animali e non solo, come accadeva prima, il sentimento comune di pietà verso di essi (ricordiamoci dell'innovazione giuridica della L. n. 189/2004 che ha elevato il maltrattamento degli animali da contravvenzione a delitto, con tutte le conseguenze di diritto, come l'allungamento dei termini di prescrizione da 2 anni a 5 anni - ove prorogati, da 3 anni a 7 anni e 1/2-; l'aumento della gravità della pena; l'impossibilità di estinguere il reato con l'oblazione ecc.).



"Se raccogliete un cane affamato e lo nutrirete non vi morderà. Ecco la differenza tra l'uomo ed il cane."

Mark Twain

Un saluto alla piccola Molly

Con riferimento, invece, alla nozione di 'crudeltà¹⁶⁹' si rammenta che essa è considerata, nel senso comune, come insensibilità o, addirittura, compiacimento al dolore, alla mortificazione e/o alla esasperazione altrui. Ma corre in aiuto alla corretta identificazione della portata del termine l'ampia giurisprudenza esistente in merito: "la condotta di incrudelimento non necessariamente richiede un preciso scopo di infierire sull'animale o una volontà sorretta da motivo abietto o futile, ma può trattarsi di volontaria inflazione di sofferenza anche per

l'insensibilità dell'agente come impone l'etimo della parola (crudus) per crudezza o durezza dell'animo", rientrando nella fattispecie de qua anche "le condotte che si rivelino espressione di particolare compiacimento o di insensibilità¹⁷⁰".

Inoltre, si deve ricordare una distinzione -a livello di elemento soggettivo del reato- ben chiarita da una recente pronuncia della Cassazione, precisamente, Cass. Pen., sez. III, sent.

al suo studio sull'imprinting nelle oche selvatiche. Di lui si rammenta spesso la frase: "Non esiste patto che non sia stato spezzato nè fedeltà che non sia stata tradita, all'infuori di quella di un cane".

¹⁶⁹ Si rammenta, a tal proposito, un episodio recente, avvenuto nel 2010, e relativo allo sgozzamento di anatre in un ristorante cinese. In questa vicenda (che ha portato alla condanna degli imputati, sebbene a soli 2 mesi di reclusione) appare evidente il senso di 'crudeltà' e di maltrattamento: gli animali in parola erano destinati alla macellazione e, dunque, al consumo alimentare ma ciò non giustificava affatto (e non lo giustifica neppure oggi) la macellazione in "modo sommario e primitivo". Questo il concetto portato avanti dalla pubblica accusa, condiviso anche nella sentenza di condanna. Cft http://milano.corriere.it/milano/notizie/cronaca/12_febbraio_10/anatre-ristorante-cinese-sentenza-1903231928585.shtml

¹⁷⁰ Cass. Pen., sez. III, sent. n. 9668/1999

n. 7671/2012 e secondo cui il maltrattamento ex art. 544 *ter* c.p. è un reato a dolo generico, quando la condotta del reo è tenuta **'senza necessità'** ma configura un reato a dolo specifico quando la condotta del soggetto è assunta **'per crudeltà'**.

Infine, con riferimento al concetto di 'assenza di necessità' è evidente che si deve prima comprendere cosa si intende per 'necessità'.

In concreto: ogni qualvolta si ravviserà la presenza di una necessità che induce all'uccisione e/o alla lesione di un animale, colui che varà agito sarà scriminato.

Tutti gli altri casi, per esclusione, saranno considerati in 'assenza di necessità'.

Dunque, a parte i casi che possono rientrare nell'alveo della legittima difesa (art. 52 c.p.) e dello stato di necessità (art. 54 c.p.), in generale può dirsi esistente la necessità quando i fatti che costituiscono generalmente il reato di maltrattamento e/o uccisione e/o lesione dell'animale sono necessitati per evitare un pericolo imminente e/o un danno giuridicamente apprezzabile.

Il brocardo del mese

a cura di Pietro Algieri

Negotium contra bonos mores

Il diritto cerca sempre di rispondere alle esigenze di una società in continua evoluzione. Il legislatore, consapevole della mutevolezza del tessuto sociale, ha temperato la rigidità propria del diritto con la necessità della flessibilità. L'esempio più palese di ciò è rappresentato dall'art. 1343 c.c.; dove alla rigidità delle norme imperative sono contrapposte le clausole generali dell'ordine pubblico e del buon costume, attraverso le quali si realizza il rinnovamento continuo dell'ordinamento ai valori e principi che caratterizzano la vita sociale contemporanea. La clausola del "buon costume" impone al giurista di sporgere lo sguardo verso la società, al fine di individuare quali comportamenti possono essere elevati a modelli giuridici. Il rispetto delle regole non è solo un dovere eteronomo ma un adempimento morale. Il legislatore ha lasciato grande spazio all'autonomia privata, purché i privati contribuiscano, con il proprio agire, alla realizzazione di una collettività più evoluta. In questa prospettiva, ogni rapporto giuridico, ogni atto di autonomia privata meritevole di tutela, garantisce il corretto e regolare funzionamento del sistema, contribuendo alla realizzazione del fine ultimo del diritto; vale a dire fornire gli strumenti per regolare correttamente la vita di relazione e fa sì che le condotte dei consociati siano conformi alle regole giuridiche evitando di incorrere in sanzioni per quei comportamenti che ledono l'equilibrio sociale. Da tale premessa, quindi, appare chiara la funzione giuridica dei *boni mores*, purtroppo altrettanta chiarezza non è ravvisabile nella ricostruzione concettuale del suo contenuto. A tal riguardo, bisogna porsi il seguente interrogativo: a quali valori etico-sociali il legislatore intende riferirsi quando parla di "buon costume"? È possibile parlare di una morale assoluta o il concetto stesso del buon costume è un concetto contingente che va temporalmente e spazialmente circoscritto? Il richiamo al "buon costume", per il contenuto etico e per le sue



**Condiciones, quae
contra bonos mores
inseruntur,
remittendae sunt.**

*Le condizioni che
vengono inserite in
contrasto al buon
costume, sono da
eliminare*

**Neque contra leges
neque contra bonos
mores pacisci
possimus...**

**Si inter aliquos
conveniat aut de
admittendo crimine, vel
inferenda violentia,
vel faciendo, quod lex
aut honestas prohibet,
aut de rebus alienis, aut
de bonis viventis aliquid
paciscantur, haec pacta
valere non possunt.**

puntualizzazioni filosofiche cui rinvia, è di difficile comprensione e applicazione per il giurista che è costretto a muoversi in sentieri, concetti, principi e valori che esulano dalle sue conoscenze. Non sarebbe vero dedurre, dal richiamo del diritto al *"buon costume"*, che l'ordinamento ponga tra i propri obiettivi il perfezionamento morale dei consociati. Non pochi comportamenti permessi dalla legge sono anche tollerati sul piano morale e rispondono al comune sentire etico di una data società. L'errore è quello di sopravvalutare la funzione del divieto di contrarietà ai buoni costumi intesa dal legislatore. In realtà, il legislatore, prevedendo tale regola, non ha voluto indirizzare il comportamento dei consociati prevedendo una finalità educativa: non si tratta di perfezionamento morale, la legge infatti non si propone di moralizzare, ma si limita soltanto ad impedire che l'immoralità, per svolgersi, si serva degli strumenti giuridici, rifiutando così di prestare la sua assistenza ai negozi che la morale disapprova. Nel richiamarsi al *"buon costume"*, il diritto mira a contegni di vita esteriori, ai rapporti sociali: *"una finestra sul sentire morale cui l'ordinamento intende dare rilevanza ed evidenza. L'immoralità rilevante per il diritto, dunque, riguarda pur sempre rapporti giuridici e non attiene al soggetto in sé considerato e ai fini della sua vita interiore."* In alcuni casi, però, il confine tra morale diritto è molto labile, ciò avviene, per esempio, quando il diritto positivo si rifà indirettamente ad un giudizio morale. L'ordinamento, ad esempio, riconosce efficacia alle prestazioni eseguite in adempimento di doveri morali: l'art. 2034 c.c. dispone che non è ammessa la ripetizione di quanto sia stato spontaneamente prestato in esecuzione di un dovere morale. Allo stesso modo l'art. 2035 c.c. dispone che chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto pagato. Entrambe le norme, tuttavia, si presentano come deroghe all'art. 2033 c.c. (*chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato*), garantendo il risultato dell'irripetibilità, ma il fondamento delle due norme è però opposto. Nell'ipotesi dell'art. 2035 c.c. non è un obbligo della morale che giustifica l'attribuzione, ma è il un giudizio d'immoralità che colpisce entrambe le parti che esclude la possibilità di ripetere. Attraverso la previsione delle obbligazioni naturali e dei doveri morali, l'ordinamento giuridico ammette implicitamente la propria difficoltà a tracciare un discrimine chiaro e preciso fra diritto e mondo delle relazioni sociali, detto altrimenti, tra diritto e morale. Il *"buon costume"* si presenta come una clausola elastica, generica, approssimativa con la tendenza a confondersi sempre più nell'ambito di applicazione dell'ordine pubblico. Il *"buon costume"* avrà allora una funzione residuale in tutte quelle ipotesi non riconducibili a norme specifiche o all'ordine pubblico e nelle quali siano individuabili più che regole di condotta, valori cui la condotta si deve uniformare. Non ci sono dubbi, altresì, delle difficoltà che la dottrina ha incontrato nel cercare di ricostruire in maniera unitaria il concetto e il contenuto del *"buon costume"* Le varie teorie dottrinali che si sono seguite nel corso del tempo, hanno determinato il sorgere di una serie opzioni

interpretative estremamente ampie, che si preoccupano di enucleare definizioni astratte non facilmente riconducibili nei paradigmi della concretezza. Molti studiosi, infatti, hanno utilizzato parametri quali la coscienza morale dell'uomo medio, che non contribuisce a dissolvere i molteplici dubbi determinati dalla molta genericità di tali concetti. D'altro canto sarebbe estremamente facile e riduttivo delineare i canoni del buon costume nell'ambito delle norme costituzionali: *" tutti i valori del buon costume sono contenuti nella Costituzione"*. A tale assunto, un'attenta dottrina, infatti ha replicato affermando che sebbene i precetti del *"buon costume"* non possono porsi in contrasto con i valori costituzionali, ciò non significa che esso non possa estendersi ad altri principi diversi rispetto a quelli specificati dal Costituente. La Costituzione, quale fonte primaria ed imprescindibile del diritto, deve essere intesa come fonte di legittimazione, e non come fonte di produzione in senso stretto. La stessa Corte di Cassazione, infatti, nella sua attività di organo della nomofilachia, parlando di *"patrimonio etico della civiltà attuale concepito dalla generalità delle persone dimentica con molta leggerezza che nella società odierna fasi non concilianti del volere umano, portano a considerare accettabile atti e comportamenti estremamente diversificati che nella loro essenza finiscono con l'essere agli antipodi"*. In tempi più recenti la dottrina ha ritenuto di dover definire il *"buon costume"* come *" corpo di regole deontologiche non formalizzate e pregiudiziali"*. Nonostante le difficoltà incontrate dalla dottrina, tuttavia, si è arrivati ad un punto di arrivo, e si è ritenuto che non è necessario interpretare la clausola stessa secondo i parametri costituzionali o i valori sociali che caratterizzano il vivere quotidiano della società, ma punto d'indagine è la funzione giuridica della clausola stessa; in questa prospettiva il *"buon costume"* si presenta come limite che opera in senso negativo: non si richiede che i negozi abbiano una finalità morale, ma si vuole soltanto che non violino i principi immanenti nella realtà e nel contesto in cui vengono stipulati. Da tale conclusione, quindi, si comprende la considerazione, da tempo avallata dalla dottrina, per cui l'atto *contra bonos mores* è illecito in quanto offensivo della morale comune (o «sociale») e non in quanto, ad esempio, si discosti da un altro comportamento egualmente finalizzato ma maggiormente conforme all'etica. La rilevanza del *"buon costume"* va, pertanto, circoscritta in ambito contrattuale e ricollegata al tema dell'autonomia contrattuale. Individuati così i confini del problema la strada da seguire sembra meno faticosa: non si chiede infatti all'interprete o agli studiosi del diritto alcun giudizio etico o morale ma solo di accertare se gli strumenti che la legge predispone vengano utilizzati per il perseguimento di finalità disapprovate dal comune sentire sociale, e che pertanto si presentano come non meritevoli di tutela giuridica. L'art.1343 c.c. dispone che la causa illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume. Il contratto ha causa illecita quando l'interesse perseguito dalle parti non è accettato dall'ordinamento perché contrasta con disposizioni, obiettivi, valori essenziali che sono considerati principi e valori

portanti del nostro ordinamento. A differenza delle norme imperative che hanno il vantaggio della tassatività, l'ordine pubblico e il "buon costume" condividono la natura di clausole generali, ma mentre l'ordine pubblico esprime scelte politiche del legislatore, i principi del "buon costume" sono, invece, di natura extralegale in quanto scaturiscono dalla realtà sociale. La dottrina giunge spesso a ritenere che le valutazioni di contrarietà al "buon costume" e all'ordine pubblico possono coincidere: ciò accade quando il giudizio etico coinvolge anche un valore fondamentale dell'ordinamento, ma la dottrina maggioritaria ritiene che tra buon costume e ordine pubblico sussista ancora una sostanziale differenza ontologica e un diverso criterio di valutazione in quanto "l'uno attiene alla nozione di morale sociale, l'altro rimane ancorato, invece, ai principi fondamentali dell'ordinamento". Comune è, pertanto, la modalità di costruzione giudiziale della regola, ma mentre nell'ordine pubblico gli indici di riferimento sono pur sempre ricavabili dall'esperienza giuridica e dal sistema nel quale il giurista opera; qualora, invece, si è d'avanti ad un valore che rientri nell'alveo del "buon costume" il punto di partenza è nel presupporre l'esistenza di una certa regola diffusa socialmente. Altro errore che non bisognerebbe compiere è quello di ricollegare, erroneamente, il concetto in esame con quello di decenza, morale sessuale, tipici del diritto penale. Le norme penalistiche che possono considerarsi a fondamento dell'intero Titolo IX, del Libro II, del codice penale, sono probabilmente quelle che puniscono gli atti osceni, compiuti in luogo pubblico ovvero esposti in pubblicazioni o spettacoli. Analogo, esclusivo, riferimento alla sessualità lo si evince, in generale, da tutto il Titolo IX, ad esempio nella stessa definizione che dà l'art. 529 di «atto osceno», secondo cui sono, appunto, osceni «gli atti e gli oggetti, che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore»; oppure nella intitolazione dei capi I e II, i quali fanno riferimento sempre e solo alla sessualità. Per non parlare della precedente posizione di reati come la violenza carnale, che prima del 1996 erano posti in questo titolo. In verità, oltre la riprovevolezza sessuale, esistono altri ed egualmente fertili terreni ove si può ravvisare una contrarietà a quei principi etici fatti propri dalla società. Basti pensare al gioco d'azzardo, o in generale alle pattuizioni che hanno per oggetto libertà fondamentali, rese tali, soprattutto con l'avvento della Costituzione repubblicana. Si pensi ad una pattuizione per la quale un soggetto si obblighi ad astenersi dal commettere un illecito verso il pagamento di un corrispettivo, ovvero ai casi in cui un corrispettivo venga previsto nei confronti di una parte che si obblighi ad ebbarsi. In quest'ultimo caso, dal punto di vista della tipizzazione, ci troviamo di fronte ad un sinallagma perfetto, il romanistico *do ut facias*, in cui però una delle prestazioni è eticamente sconveniente. Quanto alle conseguenze cui va incontro il negozio giuridico contrario al "buon costume", le norme di riferimento sono le seguenti; ai sensi del secondo comma dell'art. 1418 c.c. producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti essenziali di cui all'art. 1325 c.c., l'illiceità della causa (art.

1343 c.c.), l'illiceità dei motivi nell'ipotesi di cui all'art. 1345 c.c., la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 c.c.. Il contratto è ovviamente nullo quando è contrario a norme imperative e negli altri casi stabiliti espressamente dalla legge. In via generale il contratto illecito, in quanto sanzionato con la nullità, attribuisce alla parte che lo abbia eseguito, *solvens*, il diritto di ripetere dall'*accipiens* la prestazione. L'adempimento del *solvens* è oggettivamente indebito ai sensi dell'art. 2033 c.c. perché illecito e quindi nullo è il contratto che ne costituisce il fondamento. Tale regola subisce una discutibile eccezione: ai sensi dell'art. 2035 c.c. " *chi ha eseguito una prestazione che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato*". L'art. 2035 c.c. viene tradizionalmente giustificato sull'assunto che essendo la posizione di chi ha eseguito riprovevole tanto quanto quella di chi ha ottenuto la prestazione (*in pari causa turpitudinis*), il *solvens* non merita alcuna tutela contro il secondo. Si ritiene, peraltro, che sia ingiusto azionare, dinnanzi all'autorità giudiziaria, una pretesa restitutoria sulla base di una richiesta che si poggia sull'immoralità dello stesso attore. In questo caso, pertanto, l'esecuzione del contratto consente un parziale recupero del contratto nullo: questo non può essere titolo per rivendicare pretese, ma è titolo per sostenere *la soluti retentio*. Dottrina e giurisprudenza, tuttavia, sono propense a disapplicare tale regola, a cui non si riesce a dare una giustificazione razionale. La spiegazione più appagante sembra essere quella secondo la quale tale regola si pone come limite psicologico all'esecuzione di negozi immorali. Entrambe le parti, che stipulano un contratto immorale, sono consapevoli della non vincolatività e sono altresì conscie che una volta adempiuto, se l'altra parte si astiene e non ottempera, non sussiste alcun titolo per rivendicare ciò che si è versato: " *le parti preferiranno non eseguire l'accordo piuttosto che eseguirlo al buio*". Da questo punto di vista appare chiaro il motivo perché l'effetto della irripetibilità della prestazione si ricolleggi espressamente all'ipotesi della illiceità della causa per contrarietà al buon costume: " *le parti possono concludere negozi vietati senza saperlo, perché ignorano per esempio l'esistenza di una norma o di un divieto amministrativo, ma non possono non rendersi conto che quel determinato contratto risulta offensivo della morale corrente, dei valori etici esistenti nel contesto sociale*". Contrariamente, invece, un'altra dottrina ha acutamente rilevato che la norma in questione è criticabile proprio da un punto di vista morale: " *la norma finisce in sintesi con il cristallizzare la situazione creata dal contratto immorale, permettendo la realizzazione dello scopo a danno della parte contrattuale più morale, quella cioè che ha almeno rispettato la regola pacta sunt servanda, eseguendo la sua prestazione*". In conclusione, sottolinea la dottrina che la pretesa dell'*accipiens* di trattenere ciò che sia stato versato debba essere valutata alla luce della regola generale che vieta l'abuso del diritto: " *se quella pretesa, sebbene avallata dall'art. 2035 c.c., realizza però un abuso deve essere disattesa. Accoglierla significherebbe permettere la prevaricazione, ossia*

offendere l'essenza stessa dell'ordine pubblico e del buon costume." Dalle pagine che seguono, quindi, il "buon costume" più che uno strumento giuridico o principio ispiratore del nostro ordinamento giuridico, è una "strategia" o, detto altrimenti, un "escamotage" utilizzato dal Legislatore al fine di coordinare la rigidità del diritto ai valori che caratterizzano la società e alla mutevolezza del mondo odierno. Non vi è dubbio, infatti, che alcuni concetti e corollari del nostro ordinamento sono ormai risalenti nel tempo e ciò nonostante trovino applicazione costante nel panorama giuridico. Tramite l'utilizzo di un corollario ampio, come quello del "buon costume", si evita che principi datati nel tempo ma di costante applicazione, vengano abbandonati a meri concetti, obblighi comportamentali in disuso. Si tratta, quindi, di una di quelle astrazioni caratterizzati da un intreccio profondo di regole che vanno dalla politica alla psicologia, dalla morale all' economia; in questo reticolo giocano un ruolo fondamentale gli individui in qualità di attori sociali. I consociati, quindi, oltre ad essere i destinatari delle norme giuridiche e dei loro precetti, sono anche i riceventi delle norme, regole, principi e valori che formano il "buon costume". Oltre a tenere una condotta che sia conforme ad una norma giuridica espressamente prevista, i cittadini devono avere un comportamento tale da non andare contro a quei valori talmente ampi che caratterizzano il nostro vivere quotidiano e che rientrano nel "boni mores". La conseguenza del rispetto di tali valori è una continua evoluzione della società odierna e dei modi in cui vengono instaurati i rapporti sociali e giuridici. Ciò comporta una continua esigenza di ammodernamento del diritto alla contemporaneità, che può essere realizzato solo se si prende come punto di partenza i modi in cui i consociati mantengono i loro rapporti quotidiani, ossia trattenendo relazioni nel rispetto del "buon costume".



Spigolature

Il buon costume

di Samantha Mendicino

Per 'costume', nel parlar comune, intendiamo l'abitudine ed il modo di comportarsi che predomina in una data società ed in un dato momento storico¹⁷¹. Per 'buon costume', invece, ci riferiamo solitamente al complesso etico-morale di una data collettività.

Quando si parla di 'buon costume', dunque, è evidente che l'identificazione del suo contenuto non può avvenire senza far riferimento al contesto sociale esistente in un certo periodo storico e, subito dopo, ai principi ed ai valori etico-sociali che di quella società-collettività fanno parte. Ed il primo quesito che sorge spontaneo è se esista o meno un concetto assoluto di 'buon costume' (ed in quanto tale: irreversibile ed eterno) oppure se questo suo concetto perpetuo conviva con altra parte di nozione di 'buon costume' più strettamente legato alle contingenze temporali.

In realtà, secondo l'orientamento maggioritario, il buon costume, ancor più rispetto all'ordine pubblico e ad altre clausole elastiche dell'ordinamento, necessita di un continuo contatto tra le norme e la multiforme varietà della vita sociale. Dunque, lungi dall'aver un contenuto unico, eterno ed immutabile, il 'buon costume' può essere riempito di contenuti corretti solo con riferimento alla contingenza storico-sociale-morale di una comunità.

E cosa si intenda per moralità, la giurisprudenza l'ha ben spiegato allorquando dice che essa è *"il comune sentimento medio della comunità nazionale; inteso quest'ultimo, come il sentimento e la sensibilità di chi vive, con sano equilibrio, nella società del suo tempo"*¹⁷².

L'utilizzo dell'aggettivo "buono" accanto al termine costume, poi, richiama l'attenzione dell'interprete non a ciò che "normalmente accade" nella società ma a ciò che "si ritiene debba accadere" nella società. E questo è ciò che ci permette di distinguere, ontologicamente, il buon costume dall'uso: quest'ultimo è strettamente legato ad una valutazione su ciò che "normalmente accade" (tanto che alcuni hanno addirittura ravvicinato il concetto di 'uso' alla scienza statistica) al contrario del buon costume.

¹⁷¹ Devoto- Oli *Vocabolario della lingua italiana* 2011, edizione Le Monnier, pag. 719

¹⁷² sentenza del Tribunale di Milano 13 aprile 1966, in *Foro it.*, 1966, II, c. 265

E' condiviso, poi, il concetto secondo cui il buon costume non può essere limitato al rispetto della decenza e del pudore sessuale ma deve andare oltre esigendo, dunque, il rispetto dei sani principi etico-morali cui si uniforma il comportamento della generalità delle persone corrette ed oneste¹⁷³.

In sintesi: il buon costume è probabilmente l'elemento giuridico che, più di ogni altro, costringe il diritto ad avvicinarsi e ad interagire con la morale. Tra l'altro, per la dottrina maggioritaria¹⁷⁴ l'ordinamento giuridico nel momento in cui richiama il buon costume e, dunque, la morale, attribuisce ad essa una propria autonomia che, sebbene limitata negli effetti (come ricorderemo, una prestazione effettuata in dipendenza da un negozio immorale non fornisce a chi quella prestazione ha eseguito il diritto alla ripetizione), ha la sua notevole importanza, soprattutto, quando fa dipendere da elementi "esterni al diritto" il suo contenuto.

Illuminante la descrizione della morale da parte del giurista e docente universitario Adolfo Ravà: *"La morale è un principio regolatore di tutto il nostro contegno, sia di fronte a noi stessi, sia di fronte agli altri uomini, sia di fronte a tutti gli esseri della natura: ogni forma di nostra attività può essere sottoposta al criterio e alla valutazione morale. Il diritto invece si limita a determinare il nostro contegno in rapporto agli altri uomini con noi consociati, e lo determina solo in quanto è richiesto per rendere possibile la convivenza... assicurando la necessaria collaborazione di tutti per il raggiungimento dei fini collettivi"*.

A questo punto vediamo quando e come la nostra legislazione menziona e rinvia alla nozione buon costume.

Partiamo dalla nostra **Costituzione**: l'art. 19 Cost. e l'art. 21 Cost. menzionano il 'buon costume'¹⁷⁵ come limite posto, rispettivamente, alla libertà di culto ed alla libera manifestazione di pensiero. Tanto perchè il buon costume assolve, in tali ipotesi, un limite a tutela della decenza, della moralità e del pudore contro le oscenità.

Ma è con riferimento al **codice civile** che il buon costume assume una veste più ricca di significati: in questo campo esso viene immediatamente in mente come elemento a cui il negozio giuridico non deve essere contrario. Non dimentichiamoci, infatti, che l'ordinamento

¹⁷³ A. TORRENTE- P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè editore, pag. 194 e ss.

¹⁷⁴ A. RAVA', *Istituzioni di diritto privato*, Cedam, Padova, pag. 13 e ss.

¹⁷⁵ In Cass. Pen., sez. II, sent. n. 5838/1995 si legge: *"...è la stessa Costituzione, all'articolo 19, a porre un primo limite generale, quello del 'buon costume'... l'espressione 'buon costume', ad avviso di questa Corte, non può essere intesa nel senso penalistico di osceno o contrario alla pubblica decenza, ma in quello più ampio, di attività conforme ai principi etici che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il suo comportamento la generalità delle persone oneste, corrette, di buona fede e di sani principi, in un determinato ambiente ed in una determinata epoca"*

giuridico smette di tutelare l'autonomia privata allorquando questa sia diretta a scopi contrari alla legge e/o alla morale comunemente condivisa.

A tal proposito, l'art. 1343 c.c. fa da monito nel nostro codice quando dispone che *"la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume"*. E se la causa è illecita, il negozio sarà nullo ex art. 1418 c.c.

La dottrina, poi, distingue l'ipotesi della contrarietà della causa al 'buon costume', nel qual caso il negozio sarà chiamato immorale, dall'ipotesi della contrarietà all'ordine pubblico ed alle norme imperative, allorquando il negozio sarà definito illegale.

E tale differenza non si limita ad esplicitare i propri effetti a livello di classificazione dottrina ma comporta delle ricadute di disciplina di non poco conto.

Rammentiamo, infatti, che quando si esegue una prestazione dipendente da un negozio avente causa illecita, trattandosi di negozio nullo, chi ha eseguito quella prestazione ha diritto ad ottenerne la restituzione, in base alle regole della ripetizione dell'indebitato (art. 2033 c.c.). Ma al contrario, chi ha eseguito una prestazione in dipendenza di un negozio giuridico immorale non ha diritto ad ottenerne la restituzione: in base all'art. 2035 c.c., infatti, *"chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato"*. Tuttavia, non si deve dimenticare che l'immoralità può essere bilaterale (esempio, il contratto di meretricio) ma può anche essere unilaterale (esempio, il pagamento di un riscatto): in quest'ultimo caso, la ripetizione di ciò che è stato ingiustamente prestato è sempre ammessa.

Tuttavia, è stato osservato che il buon costume assume valore come limite all'attività negoziale ma solo in senso negativo: vale a dire che la legge non richiede che il contratto stipulato abbia uno scopo "meritevole di tutela secondo la morale" ma solo che esso non sia in contrasto con i principi dettati dalla morale del tempo in cui viene concluso.

Sempre con riferimento alla materia civile, riscontriamo l'utilizzo del concetto del buon costume anche in materia successoria e, precisamente, all'art. 634 c.c. (rubricato "condizioni contrarie") in cui si legge che: *"Nelle disposizioni testamentarie si considerano non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume..."*.

Ma le applicazioni concrete della nozione del 'buon costume' in ambito civile sono ben maggiori di quanto, sin qui, non sia stato specificato.

Per menzionare qualche esempio (argomenti che meriteranno un approfondimento *ad hoc* nel prossimo futuro) ricordiamo il dibattito sull'utero in affitto (ipotesi in cui vengono trasferiti nell'utero della madre surrogata embrioni formati col seme del padre e con gli ovociti della madre, cd "committenti") e sulla maternità surrogata (ipotesi in cui una donna assume l'obbligo di portare a termine una gravidanza al fine di cedere il neonato alla coppia

"committente", ma il cui embrione è stato formato dal seme del padre "committente" e dagli ovociti della madre surrogata).

Passiamo, infine, a parlare della nozione del 'buon costume'¹⁷⁶ con riferimento al **campo penale** in cui esso rappresenta il bene giuridico tutelato da una specifica categoria di reati: gli atti osceni ed il delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni.

In base all'art. 527 c.p., rubricato 'atti osceni': "*Chiunque, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico*¹⁷⁷, *compie atti osceni è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni. La pena è aumentata da un terzo alla metà se il fatto è commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano. Se il fatto avviene per colpa, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 51 a euro 309*".

Qui l'oggetto giuridico è il pudore sessuale, inteso come sentimento comune ed il reato è di pericolo astratto: per la sua configurabilità, infatti, è sufficiente che l'atto osceno sia astrattamente visibile da terzi.

Una recente sentenza della Cassazione ha, però, spiegato l'importanza della differenza tra 'atti osceni' (ex artt. 527 c.p.) ed 'atti contrari alla pubblica decenza' (ex art. 726 c.p.). Ci si

¹⁷⁶ In questa materia il buon costume viene definito come "abitudine di vita conforme ai precetti di morale, decenza e cortesia". E non solo: in Cass. Pen., sent. n. 39354/2007 si legge: "*...Nel caso in esame, dunque, la 'stampa' costituisce solo il veicolo del messaggio pubblicitario, ed, in quanto tale, non si inquadra nel diritto costituzionalmente garantito (cd. libertà di stampa) - secondo le richiamate disposizioni dell'art. 21 Cost., ma costituisce un mezzo pubblicitario da valutare in sé, secondo la disciplina del successivo comma 6 dello stesso art. 21, che, lungi dal costituire mera ripetizione del precedente comma 3, si riferisce a mezzi di diffusione considerati in maniera del tutto autonoma. La disposizione è del seguente, testuale tenore: 'Sono vietate le pubblicazioni a stampa (gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni) contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni'. **Pubblicazioni siffatte, pertanto, sono vietate in sé, ed il sequestro preventivo, anche se introdotto solo successivamente, rientra nelle misure ad esse applicabili, per espressa previsione del legislatore costituente.** Alla stregua di tale diverso principio deve essere perciò rivalutata la legittimità della misura cautelare in discussione, fermo restando che non ha pregio il rilievo - su cui ha insistito in sede di discussione la difesa dei resistenti - secondo cui le indagini non attengono specificamente al reato di pubblicazioni oscene: **la contrarietà al buon costume, invero, vale di per sé, nella visione del costituente, ad escludere le pubblicazioni dalle garanzie offerte alla libertà di stampa propriamente detta**, e, perciò, rettamente si fonda anche sul (solo) reato ipotizzato di favoreggiamento della prostituzione"*

¹⁷⁷ Ricordiamo che: - per **luogo pubblico** si intende un luogo aperto a tutti; - per **luogo aperto al pubblico** si intende un luogo in cui tutti possono accedervi; - per **luogo esposto al pubblico**, si intende quel luogo che, pur non essendo accessibile da parte di tutti, può essere sotto l'osservazione di un numero indeterminato di persone.

riferisce alla pronuncia Cass. Pen., sez. III, n. 40012/2011 che ha trattato la vicenda di un giovane condannato per... aver orinato per strada. Gli ermellini, in particolare, hanno precisato che l'uomo avrebbe compiuto **atti osceni in luogo pubblico** se, nell'atto di urinare, egli avesse fatto vedere (o se i terzi avessero potuto vedere) i genitali. Ma nel caso di specie, il giovane si era nascosto tra le autovetture, ecco perchè il reato imputatogli è stato quello di **atti contrari alla pubblica decenza** (art. 726 c.p.) i quali si concretizzano ogni qualvolta quel gesto compiuto dal reo sia percepito dai terzi come atto contrario alla pubblica decenza. Senza avere alcun rilievo se ci siano stati o meno "atti e/o comportamenti osceni". Precisa, inoltre, la Cassazione che mentre gli atti osceni in luogo pubblico offendono "in modo intenso e grave il pudore sessuale, suscitando nell'osservatore sensazioni di disgusto" invece gli atti contrari alla pubblica decenza "ledono il normale sentimento di costumatezza, generando fastidio e riprovazione". Dunque, il fatto di essersi "nascosti" tra le auto od anche (seguendo la linea di principio accertata dagli Ermellini) l'andare in un luogo appartato non può essere utilizzato come giustificazione: se il gesto viene "percepito" dai terzi come sconveniente e riprovevole si concreta la fattispecie di atti contrari alla pubblica decenza¹⁷⁸

Invece, in base all'art. 528 c.p., rubricato 'pubblicazioni e spettacoli osceni': "*Chiunque, allo scopo di farne commercio o distribuzione ovvero di esporli pubblicamente, fabbrica, introduce nel territorio dello Stato, acquista, detiene, esporta, ovvero mette in circolazione scritti, disegni, immagini od altri atti osceni di qualsiasi specie, e' punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa non inferiore a lire duecentomila. Alla stessa pena soggiace chi fa commercio, anche se clandestino, degli oggetti indicati nella disposizione precedente, ovvero li distribuisce o espone pubblicamente. Tale pena si applica inoltre a chi: 1) adopera qualsiasi mezzo di pubblicità atto a favorire la circolazione o il commercio degli oggetti indicati nella prima parte di questo articolo; 2) dà pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano carattere di oscenità'. Nel caso preveduto dal n. 2, la pena è aumentata se il fatto è commesso nonostante il divieto dell'Autorità*".

Infine, l'art. 529 c.p., rubricato 'atti ed oggetti osceni', così dispone: "*Agli effetti della legge penale, si considerano "oscuri" gli atti e gli oggetti, che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore. Non si considera oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza, salvo, che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore degli anni diciotto*".

¹⁷⁸ Cass. Pen., sez. III, n. 40012/2011 è una sentenza commentata in *Nuove frontiere del diritto*, n. 2-febbraio 2012, pag. 175 e ss.



II feilleuton

LICEO A LUCI ROSSE

Romanzo breve in 12 capitoli

gentilmente ed esclusivamente scritto per la Rivista

da Paola Lena

Quinto Capitolo

- *Promesse e Buoni Propositi* -

Appena rientrata sono andata a controllare Lorenzo che ronfava beato, totalmente ignaro di quanto successo. Ho mandato giù tre bicchieri d'acqua nella vana speranza di ripristinare una salivazione normale e mi sono sdraiata sul divano con l'assurda idea di schiacciare un pisolino. Gli occhi sono riuscita a tenerli chiusi, perché bruciavano dalla stanchezza e dal pianto, ma non ho dormito granché.

Alle prime luci dell'alba mi sono arresa all'insonnia, ho ingurgitato una fetta biscottata e un caffè amaro e affidata all'abbraccio tonificante dell'acqua bollente che ha lavato via gran parte della spossatezza. Ora sto preparando la colazione a Lorenzo. Tra mezz'ora voglio uscire di casa.

Quando squilla il cellulare lancio un'occhiata all'orologio della cucina: non sono ancora le sette. Rispondo e riconosco subito la sua voce:

<<Dori, ti ho svegliato?>>

<<No Gianni, buongiorno. Sono in piedi già da un po'..>>

<<Ti sei preparata per uscire?>>

<<Sì, sono pronta. Devo solo svegliare Lorenzo, gli sto scaldando il latte>>

<<Sono sotto casa tua. Posso salire?>>

<<Certo.... Ti apro il portone>>

Non me lo aspettavo di ritrovarmelo davanti a quest'ora. Dal viso capisco che non ha dormito granché nemmeno lui.

<<Entra, lo vuoi il caffè?>>

<<Sì, grazie. Ne ho proprio bisogno.>>

Si accomoda in cucina, gli porgo la tazzina. Ringrazia e sorseggia la bevanda fumante.

<<Hai scoperto cosa ha causato il malore?>>

<<Non lo so con certezza. Il Dottor Landi, il medico che l'ha soccorsa, ha detto che sospettavano l'uso di anfetamine, ma non ho chiesto cosa è risultato dalle analisi. Comunque le hanno fatto una lavanda gastrica, quindi, col senno di poi, non si è certo trattato di un abuso di alcol...>>

<<Non ci posso credere... nostra figlia si impasticca...>>

<<Forse era la prima volta, forse non era nemmeno consapevole di cosa stesse prendendo in quel momento. Non arriviamo a conclusioni affrettate! Tu stesso, non più di quattro giorni fa, mi hai detto di averla trovata serena e felice. >>

<<Hai ragione, scusami. Ma forse in quel caso sono stato troppo precipitoso nel giudicare...>>

<<Vado a dare la sveglia a Lorenzo. Arrivo subito>>

Sono furiosa e non cerco di nascondere. Come al solito Gianni brancola nel buio. Il suo pressappochismo con l'andare degli anni peggiora. Non sono certo come il whisky gli uomini... Mi fanno pensare più al vino che invecchia male e diventa aceto.

Lorenzo apre gli occhi non appena gli sfioro la spalla con la mano: quando dorme non sente neanche le cannonate, ma guai a toccarlo! Si sveglia immediatamente. Lo invito ad alzarsi e non si fa pregare, anche se è sospettoso riguardo l'ora.

<<Non è troppo presto, mamma? Vorrei rimanere a dormire un altro po'.>>

<<Dobbiamo uscire, tesoro. Ti spiego poi.. In cucina c'è papà che ti aspetta.>>

<<Papà! Papà!!>>

Lo vedo sparire oltre la porta. Immagino la sua sorpresa. Gianni dopo la separazione non è più salito in casa. Le poche cose che aveva dimenticato il giorno in cui se ne andò gliele

feci trovare fuori dalla porta al suo rientro in Italia e da quel momento non gli permisi più di avere accesso all'appartamento, lo pregai anzi perentoriamente di limitarsi a citofonare quando sarebbe venuto a prendere i figli per il week-end e di attendere fuori dal portone del palazzo che scendessero. Feci addirittura cambiare la serratura alla porta d'ingresso. Non sopportavo l'idea che potesse piombare in casa all'improvviso o, peggio ancora, che potesse intrufolarsi in mia assenza. Lui sembrò accettare le mie disposizioni senza ribattere ed io gli fui grata per questo.

Preparo il cambio per Lorenzo, poi lo seguo in cucina. Ha già scolato il latte che ho versato nella sua tazza preferita e inghiottito una mezza dozzina di biscotti ed ora si sta accingendo ad andare in bagno. Rimasti soli, Gianni mi chiede se so a chi lasciarlo, deciso ad evitare di portarlo in ospedale con noi. Ancora non gli abbiamo detto nulla della sorella. Gli rispondo che no, non ho avuto tempo di organizzarmi e che comunque viene con me, non vedo quale sia il problema.

<<Giada stamattina mi ha accompagnato. E' rimasta giù ad aspettarmi. Potremmo affidarlo a lei e noi due andare in macchina insieme. Avremmo modo di parlare liberamente. Che ne dici?>>

Dico che non la voglio vedere, ecco cosa dico. Come osa portarmela sotto casa? In una situazione del genere poi, in cui sono sotto pressione e preoccupata e angosciata e spaventata. Cosa fa lui? Mi porta la sua bella! Ho voglia di prenderlo a schiaffi, di lanciargli addosso tazze e piattini urlandogli contro tutti gli impropri che mi vengono in mente e di cacciarlo fuori di casa subito dopo, lontano dalla mia vista. Ma non faccio niente di tutto ciò. Ho imparato da tempo a contare, prima di dare aria alla bocca e questa pratica ha dato buonissimi risultati finora. E' un ottimo metodo per frenare la mia impulsività. Mi sforzo di

concentrarmi e scoprire il rovescio della medaglia e cioè che è assolutamente inopportuno che il bambino ci accompagni al San Giovanni. E devo riconoscere che Gianni è stato molto abile nel trovare la soluzione più logica al problema. Prendo fiato e ne esce fuori un sospiro più forte di quanto volessi.

<<Per me va bene, Gianni>>, rispondo, e mi chiedo se si è accorto del mio turbamento. Anche se fosse, non lo dà a vedere. Lo comunichiamo a nostro figlio, rimanendo molto vaghi sul dove dobbiamo andare senza di lui e usciamo tutti e tre dall'appartamento nel giro di quindici minuti. Sono agitata e la cosa non fa che irritarmi, accrescendo ancora di più l'ansia che provo. Tra poco la vedrò, la nuova compagna del mio ex marito. Ho dato un'ultima occhiata al mio aspetto nello specchio dell'ingresso e non mi sono assolutamente piaciuta. Ma ormai poco importa e stavolta non c'è nulla che io possa fare per evitare di incontrarla.

Ci siamo lasciati alle spalle l'androne dell'edificio in cui abito e proprio davanti a noi scorgo l'Audi A8 di Gianni. Giada è seduta al posto di guida. E' bella. Provo una fitta lancinante allo stomaco e mi domando perché. Sfodera un sorriso timido mentre scende dalla macchina e aspetta che la raggiungiamo. Mi saluta chiamandomi per nome e lo stesso faccio io, ci stringiamo la mano. Dio, quanto è giovane! La ringrazio di essere venuta. Gianni le chiede di portare Lorenzo con sé. Lei annuisce e mio figlio prima la bacia, poi ci saluta senza chiedere altre spiegazioni. E' contento di andarsene via con lei. E' uno sporco traditore come suo padre.

Giada lo fa salire, si rivolge a Gianni pregandolo di farle sapere al più presto come sta Adele, mi saluta di nuovo e monta anche lei in macchina.

Lungo il tragitto verso l'ospedale Gianni non smette un attimo di parlare. Il suo sembra più un monologo, perché io mi limito ad annuire ogni tanto, gli occhi incollati sulla strada. Fingo di

essere concentrata nella guida, in realtà non credo alle mie orecchie: è quasi un mea culpa, il suo. Non intervengo. Continuo ad ascoltarlo in silenzio. Adesso il mio unico desiderio è quello di abbracciare mia figlia.

Arrivati all'ospedale troviamo un ragazzo biondo che vuole entrare in astanteria e cerca di convincere un'infermiera che gli sbarrava la strada. Non faccio fatica a riconoscerlo: è lo spilungone che sbaciucchiava Adele fuori dalla scuola qualche mattina fa. Mi avvicino a lui e lo affronto con una pacatezza che lascia stupita me per prima:

<<Ciao, sei venuto a trovare Adele?>>

<<Buongiorno signora. Come sta sua figlia? Devo vederla!>>

Mi conosce, sa che sono la madre.

<<Sta bene. Ma se l'è vista brutta. C'eri anche tu in discoteca ieri?>>

<<Sì. C'ero. Ma non ho idea di cosa sia accaduto. All'improvviso Adele è svenuta e non riprendeva più i sensi. E' stato terribile. Ho pensato fosse morta...>>

<<Posso sapere il tuo nome?>> gli chiedo.

<<Mi chiamo Christian>>

<<Sei il suo ragazzo?>>

<<No. Siamo solo amici>>

<<Da come la palpeggiavi qualche mattina fa non si direbbe>>

Silenzio.

<<Fai anche tu uso di droga sintetica?>>

<<Ma cosa le viene in mente? Assolutamente no. E nemmeno Adele ha mai preso schifezze del genere!>>

<<Allora la scorsa notte è stata la prima volta, per lei>>

Fa spallucce. E' un bugiardo.

Gianni la pensa come me.

Me ne accorgo perché è vicinissimo e lo sento tremare.

Christian non riesce a stare fermo: continua a dondolarsi alternando un piede all'altro.

I due si scrutano senza proferire parola. Alla fine il ragazzo ha la peggio, abbassa gli occhi e con una scusa si allontana da noi dirigendosi verso l'uscita.

Non mi piace.

L'infermiera ha assistito al mio interrogatorio ed ha capito il nostro stato d'animo e ci tiene a tranquillizzarci circa le condizioni di nostra figlia.

<<Adele ha dormito tutta la notte senza interruzioni. E' molto probabile che venga dimessa questa mattina. Attendete un momento. Vado a chiamare il dottor Landi.>> - e sparisce dietro la porta per riapparire dopo pochissimi minuti:

<<Lei è il padre?>> domanda rivolgendosi a Gianni.

<<Si.>>

<<Allora accomodatevi entrambi, il dottore vi aspetta.>>

La seguiamo in un piccolo ufficio in cui ci fa accomodare chiudendo la porta alle nostre spalle. Di fronte a noi c'è una scrivania appoggiata alla quale c'è un dottor Landi stravolto dalla stanchezza. Accanto a lui un uomo in divisa. Mi irrigidisco: non mi aspettavo di trovare un poliziotto.

<<Buongiorno signora, come sta? Il signore è suo marito?>>

<<EX, dottore. >> e li presento <<Mi dica, come sta nostra figlia?>>

<<Adesso sta bene. Ho chiamato l'Agente Farulli per assistere alla nostra chiacchierata.

Adele ha rischiato di morire la scorsa notte. Di questo vi siete resi conto, immagino.>>

Ho un brivido.

<<Mi sembrate entrambi genitori seri e attenti, quindi non farò nessuna segnalazione alla

prefettura. Lo stesso Agente Farulli è qui in veste di amico.

Adele ha assunto un mix di droga e alcol da stendere un uomo del doppio del suo peso.

Dalle condizioni del suo fegato sembra che sia una sua abitudine l'uso di queste sostanze e i risultati delle analisi non hanno fatto altro che confermarlo. Il fatto che non verrà segnalato alla polizia non significa che non rimarrà traccia di quanto successo, perché è nostro obbligo riportarlo sulla cartella clinica e, qualora dovesse verificarsi un episodio analogo in futuro, a causa di questo precedente, vostra figlia risulterebbe consumatrice abituale. Quindi vi consiglio di non prendere alla leggera quanto accaduto.

Questo è il numero di telefono di un centro di recupero.

Potete chiedere della dottoressa Scarpa. E' lei che cura il programma terapeutico e socio-riabilitativo per chi fa uso di sostanze stupefacenti.

Vi consiglio vivamente di contattarla al più presto ed esporre il problema di vostra figlia. In questi casi, visto la giovane età, è bene intervenire in maniera rapida e decisa.>>

Rimaniamo senza parole.

Gianni riesce giusto a bofonchiare un "grazie" afferrando il foglietto che il medico gli porge.

Il dottor Landi prosegue:

<<Potete entrare a salutarla, si è svegliata presto stamattina. La troverete silenziosa e di cattivo umore, ma non fateci caso: è l'effetto down del dopo amfetamine. Domani tornerà ad essere la stessa di sempre. Alle 10 dovrete uscire perché passa la visita. Posso confermarvi sin d'ora che verrà dimessa e potrete portarla a casa.>>

Ci scambiamo una stretta di mano, prima con il dottore, poi con l'agente e conduco il mio ex marito nella grande sala in cui troviamo Adele sdraiata nella stessa identica posizione in cui l'ho lasciata poche ore prima.

Solo che non ha più la flebo al braccio e il suo colorito è leggermente più roseo. La baciamo

sulla fronte, lei accenna un sorriso ma le scappa da piangere. Gianni la guarda severo :

<<Prometti che non prenderai più quella robaccia>>

<<Te lo prometto papà..>> - si lascia scappare un singhiozzo e gli butta le braccia al collo.

2012 *Nuove frontiere del diritto* - Rivista mensile telematica di diritto

Anno I - n. 5, chiusura il 15 maggio 2012

Codice ISSN 2240-726X

In attesa di registrazione presso il Tribunale